

شرح أدب القضاء

للخصاف المتوفى ٢٦١ هـ

تأليف

برهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري

المعروف بالصدر الشهيد المتوفى ٥٣٦ هـ

الجزء الرابع

تحقيق

محيي هلال السرحان









الجمهورية العراقية
وزارة الأوقاف
إحياء التراث الإسلامي
(٢٨)

كتاب
شرح أدب القاضي

للخصاف المتوفى ٢٦١ هـ

تأليف

برهان الائمة حسام الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة
البخاري الحنفى المعروف بالصدر الشهيد
المتوفى شهيدا سنة ٥٣٦هـ

الجزء الرابع

تحقيق

محيي هلال السرحان

الدار العربية للطباعة ـ بغداد ١٣٩٨ ـ ١٩٧٨

الطبعة الاولى

الباب الخامس والسبعون
في الشفعة

[الشفعة للجار الملاصق]

[١٠٢٤] ذكر(١) عن رافع بن خديج(٢) أن سعد بن

---

(١) سقطت بداية الباب من نسخة هـ ٠

(٢) قوله رافع بن خديج كذا في الاصل وفي النسخ كلها وكذا في مبسوط السرخسي : ١٤/٩٠ ، ومسند الامام ابي حنيفة : ١٦٥ ، وجامع مسانيد الامام الاعظم : ٢/٥٢ باسانيد ٠ وهو ابو عبدالله ويقال : ابو رافع ويقال : ابو خديج ، رافع بن خديج بن رافع بن عدى بن زيد بن جشم بن الحارث بن الخزرج بن عمرو بن مالك بن الاوس الانصارى الاوسي الحارثي المدني الصحابي رضى الله عنه استصغره رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر فرده واجازه يوم احد فشهد احدا والخندق واكثر المشاهد قالوا : واصابه سهم يوم احد فنزعه وبقى نصله الى أن مات وقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « انا أشهد لك يوم القيامة » وانتقضت جراحته فتوفي منها بالمدينة سنة اربع وسبعين وهو ابن ست وثمانين وكان عريف قومه روي له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانية وسبعون حديثا اتفق البخاري ومسلم على خمسة ولمسلم ثلاثة ، روى عنه ابن عمر والسائب بن يزيد ومحمود بن لبيد واسيد بن ظهير الصحابيون ومن التابعين عطاء ومجاهد والشعبي وغيرهم انظر ترجمته في تهذيب الاسماء واللغات : ١/١/١٨٧ رقم ١٦٢ الاستيعاب : ١/٤٨٣ ، اسد الغابة : ٢/١٩٠ - ١٩١ رقم ١٥٨٠ ، الاصابة : ١/٤٨٣-٤٨٤ ، رقم ٢٥٢٦ ٠

واعلم ان الحديث قد ورد في كتب الحديث عن ابي رافع (كما سيتضح من تخريجه) ولم يرد عن رافع بن خديج في ما تتبعته وما تيسر لي من مصادر مما ساذكره ان شاء الله ، ومما يؤيد ذلك ما ذكره قاضي القضاة ابو المؤيد محمد بن محمود بن محمد الخوارزمي بعد ان ساق حديث ابي حنيفة باسانيد الى رافع ←

مالك[٣] عرض بيتا على جار[٤] له ، فقـال : خذه باربعمائـة

ابن خديج والى أبي رافع : « وكل من رواه عن رافع بن خديج أو رافع مولى سعد فهو غلط على ابي حنيفة ، لان ابا حنيفة رواه عن ابي رافع فظنه من وهم رافعا ، وسكت عليه ، وزاد بعضهم في الوهم فظن أنه رافع بن خديج ، وظنه بعضهم رافعا مولى سعد ، وشك بعضهم فاسقط رافعا وجعل الخبر عن المسور بن مخرمة عن سعد ، وجعله بعضهم عن رجل اذ لم يحفظ اسم ابي رافع ٠ قال الشيخ ابو محمد البخاري : وكل هذه الاغاليط عمن دون ابي حنيفة لا عن ابي حنيفة ٠٠٠ ثم قال : فعلمنا ان الصحيح ابو رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم » (جامع مسانيد الامام الاعظم ج ٢ ص ٥٤ـ٥٥) ٠

واذا تأيد ان الراوي هو ابو رافع ، فابو رافع القبطي مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم اسمه على المشهور : اسلم ، وقيل ابراهيم ، وقيل غير ذلك ، شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا والخندق والمشاهد بعدها كان مملوكا للعباس (عم الرسول ـص ـ) فوهبه لرسول الله صلى الله عليه وسلم فلما اسلم العباس بشر ابو رافع رسول الله صلى الله عليه وسلم باسلامه فاعتقه ٠ زوجه الرسول صلى الله عليه وسلم مولاته سلمى فولدت له عبيدالله بن ابي رافع وشهد ابو رافع فتح مصر وتوفي بالمدينة قبل قتل عثمان ، وقيل بعده ، انظر ترجمته واخباره في الاستيعاب : ٤/٦٩ـ٧٠ ، تهذيب الاسماء واللغات : ١/٢/٢٣٠ رقم ٣٤٢ ، اسد الغابة : ٦/١٠٦ـ١٠٧ ، رقم ٥٨٦٧ ، الاصابة : ٤/٦٨ـ٦٩ رقم ٣٩٦ من الكنى ، سيرة ابن هشام ١/٦٤٦ـ٦٤٧ ، طبقات ابن سعد : ١/١/٨٦ ، ١٦١ ، ١/٢/١٨٠ ، ٢/١/٨٨ ، ٨٩ ، ٢/٢/٩ ، ١٢٣ ، ٤/٨ ، ٥/١٢٩ ، ٨/٤٢ ، ٤٣ ، ٩٤ ، ٩٥ ، ٩٦ ، ١١٨ ، ١٥٣ ، ١٦٤ ، ١٦٥ ٠

(٣) سعد بن مالك وهو سعد بن ابي وقاص رضى الله عنه (كما سيتضح من التخريج) الصحابي الجليل واحد العشرة المبشرين بالجنة واحواله مشهورة في القادسية وفي الشورى ، توفى سنة خمس وخمسين وقيل احدى وقيل اربع وقيل غير ذلك ، بقصره بالعقيق ودفن بالمدينة ، انظر ترجمته في الاصابة : ٢/٣٠ـ٣٢ رقم ٣١٩٤ ، الاستيعاب : ٢/١٨ـ٢٥ ، اسد الغابة : ٢/٣٦٦ـ٣٧٠ رقم ٢٠٣٧ نسب قريش : ٢٦٣ ، تهذيب الاسماء واللغات ١/١/٢١٣ رقم ٢٠٥ ٠

(٤) ص : على جاره ٠

درهم ··· الحديث الى آخره[5] ·

---

(٥) حديث الشفعة عن سعد بن مالك اورده المؤلف والشارح هنا عن رافع بن خديج كما ورد في مسند الامام ابي حنيفة : ١٦٥ ، وجامع مسانيد الامام الاعظم في بعض رواياته : ٥٢/٢ ، والمبسوط : ٩٠/١٤ ، وكل ذلك وهم والصواب عن ابي رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما سبق ان ذكرنا ، فقد رواه عبدالرزاق باسنادين احدهما : عن النوري ، عن ابراهيم بن ميسرة ، عن عمرو بن الشريد : « ان ابا رافع ساومه ببيت له ، فقال له سعد : ما انا بزائدك على اربعمائة منقال ، قال ابو رافع : لولا أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الجار احق بسقبه ما اعطيتك » (المصنف : ٧٧/٨ رقم ١٤٣٨١) والثاني عن ابن عيينة ، عن ابراهيم بن ميسرة ، عن عمرو بن الشريد النقفى ، قال : « وضع المسوّر بن مخرمة أحد يديه على منكبى ، ثم انطلقنا حتى اتينا سعدا ، فجاء ابو رافع ، فقال للمسور : الا تأمر هذا يشتري مني ، فقال سعد : والله لا ازيدك على هذا على اربعمائة دينار ، اما قطعة واما منجمة ، فقال ابو رافع : سبحان الله ان كنت لاعطى بها خمسمائة نقدا ، ولولا اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الجار احق بسقبه ما اعطيتكها » (المصنف : ٧٧/٨-٧٨ رقم : ١٤٣٨٢) وروى الحديث ابو حنيفة عن عبدالكريم عن المسور بن مخرمة وبهذا الاسناد عن المسور عن رافع بن خديج ، وبهذا الاسناد عن رافع مولى سعد بن مالك ، (مسند الامام ابي حنيفة : ١٦٥ رقم ٣٥٠) وبهده الاسانيد عنهم وعن ابي رافع (جامع مسانيد الامام الاعظم : ٥١/٢-٥٥) ونبه على الوهم الحاصل في اسم رافع والصواب : ابو رافع ، كما مر ذكره · ورواه البخاري في الشفعة عن المكى بن ابراهيم ، اخبرنا ابن جريج ، اخبرنى ابراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد قال وقفت على سعد بن ابي وقاص ، فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على احدى منكبى اذ جاء ابو رافع مولى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا سعد ابتع مني ··· الى آخر الحديث (صحيح البخاري : ٢٢/٢) ورواه ابو داود في البيوع عن ابى رافع ايضا (سنن : ٢٨٦/٣ رقم ٣٥١٦) والنسائي عنه في الشفعة من البيوع (سنن : ٣٢٠/٧) وابن ماجة في الشفعة عنه ايضا (سنن ابن ماجة : ٨٣٤/٢ رقم ٢٤٩٨) والامام احمد عن عمرو بن الشريد (المسند : ٣٨٩/٤ ، ٣٩٠) وعن عمرو بن الشريد عن ابى رافع : (المسند : ١٠/٦ ، ٣٢٠) والطحاوي عن ابى رافع (شرح معانى الآثار : ١٢٣/٤) والترمذي عنهما وعن غيرهما في الاحكام : ←

أورد[٦] محمد رحمه الله هذا الحديث في أول [كتاب][٧] الشفعة[٨] • وبه أخذ علماؤنا ، أن للجار[٩] حق الشفعة ، اذا كان جارا ملاصقا • وفيه اربعة اقوال :

فعند[١٠] علمائنا رحمهم الله : الشفعة تستحق بالجوار اذا كان جارا ملاصقا •

(سنن : ٢/٤١١ـ٤١٢) ورواه الامام الشافعي (انظر كتاب الام : ٣/٢٣٢) ورواه الطبراني في الاوسط عن ابي رافع (مجمع الزوائد : ٤/١٥٩) والبيهقي عنه (السنن الكبرى . ٦/١٠٥ـ١٠٦) وابو يوسف عن ابى رافع ايضا (الآثار : ١٦٧ رقم : ٧٦٧) •

وانظر حول الحديث نصب الراية : (٤/١٧٤ـ١٧٥) والدراية : (٢/٢٠٢ـ٢٠٣ رقم ٨٩٠) والمنتقى من السنن : (ص ٢١٧ رقم ٦٤٥) •

والسقب بالسين والصاد في الاصل القرب (النهاية في غريب الحديث : ٢/٣٧٧) •

(٦) س : ذكر محمد • ب : اورده عن محمد • ف ج ك م ل : ورد عن محمد رحمه الله • والتصحيح من ص •

(٧) الزيادة من س ص •

(٨) قوله : اورد محمد رحمه الله هذا الحديث في أول كتاب الشفعة ، قلت انظر ذلك في مبسوط شمس الائمة السرخسي اذ قال ما نصه : « من ذلك ما بدا محمد بن الحسن الكتاب به ورواه عن المسور بن مخرمة عن رافع بن خديج ـ كذا وصوابه عن ابى رافع كما مر ـ ان سعد بن مالك رضى الله عنه عرض بيتا له على جار له فقال خذه باربعمائة ، اما انى قد اعطيت به ثمنمائة ولكني اعطيكه باربعمائة لانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الجار احق بصقبه » (المبسوط ج ١٤ ص ٩٠ وشرح ذلك في ما بعدها من الصفحات) •

(٩) س : ان الجار احق بالشفعة •

(١٠) كـ ف س ص : عند (بسقوط الفاء) •

وقال بعضهم : الجار المقابل له الشفعة أيضا ٠

وقال بعضهم : الشفعة بالابواب : فمن كان بابه اقرب الى الدار المبيعة فالشفعة له ٠

وقال الشافعي[11] رحمه الله : الشفعة لا تستحق بالجوار ٠ فكان في المسألة اربعة أقوال[12] ٠

ثم الشفعة عندنا على ثلاث مراتب :

[فانها][13] تثبت اولا للشريك الذي لم يقاسم ، وهو الشريك في كل جزء من اجزاء المبيع ، ثم للشريك[14] حقوق الملك[15] في الطريق[16] والشرب ، وهذا يسمى خليطا تارة ، ويسمى شريكا في حقوق الملك تارة ٠ ثم للجار الملاصق ٠

وقيل الشفعة تثبت على اربع مراتب ، وذلك في[17] مسألتين :

احداهما : تثبت في دار[18] في سكة غير نافذة ، والبيت[19] لاثنين ، والدار لقوم ، فباع احد الشريكين نصيبه من البيت ،

---

(١١) حول رأي الشافعي في الشفعة انظر كتاب الام : (٣/٢٣٢) ٠

(١٢) الى هنا نهاية ما سقط من نسخة هـ ٠

(١٣) الزيادة من ل ٠

(١٤) ل ك : الشريك ٠

(١٥) ص ك : في حقوق الكل ٠

(١٦) ب ف ل ص : من الطريق ٠

(١٧) س : وذلك على مسألتين ٠

(١٨) ب : في دار سكة ٠

(١٩) هـ : وفيها بيت لاثنين ٠

فالشفعة اولا للشريك في البيت ، فان سلم[٢٠] فللشريك في الدار ، فان سلم فللشريك في الطريق ، فان سلم فللجار[٢١] الذي هو ملاصق بالبيت خلف البيت ٠

والثانية[٢٢] : أن الدار اذا كانت بين[٢٣] اثنين شريكين في سكة[٢٤] غير نافذة ، فباع احد الشريكين نصيبه من الدار من انسان فالشفعة اولا للشريك في الدار ، وهو الشريك الذي لم يقاسم ، فان سلم فللشريك في الحائط المشترك الذي يكون بين الدارين ، لان نصف الحائط مبيع ، وهذا الشفيع شريك في جزء من المبيع ، فان سلم فللشريك في الطريق ، فان [٢٣١ ب] سلم فللجار الذي يكون ظهر هذه الدار اليه وباب تلك الدار الى سكة اخرى ٠

[١٠٢٥] ذكر[٢٥] عن الحسن[٢٦] بن ابي الحسن انه

---

(٢٠) ل : فان سلمها ، وهكذا في الجملة كلها بلفظ (سلمها) ٠

(٢١) هـ : فللجار الملاصق (بسقوط تتمة العبارة) ٠

(٢٢) س : والمسألة الثانية ٠

(٢٣) ل س ف ج هـ م : بين شريكين ٠ ص : بين الشريكين ٠ وما اثبتناه عن ك ب ٠

(٢٤) هـ : في سكة نافذة ٠

(٢٥) من هنا بداية ما سقط من نسخة هـ والظاهر ان ناسخها بدأ يتجاوز الآثار والاخبار فلا يذكرها ٠

(٢٦) س ف ج ب م ل : الحسين بن ابي الحسن وفي ك ص : الحسن بن ابي الحسين وقد سقطت من هـ وما اثبتناه عن كتب التخريج وهو الحسن بن ابي الحسن يسار الامام المشهور المعروف بالحسن البصري وقد مرت ترجمته في جـ ١ ص ١٦٩ ٠

قال(٢٧) في الشفعة : لليتيم(٢٨) وصيه ، ان شاء اخذ له ، والغائب على شفعته(٢٩) ٠

وقد اورد محمد رحمه الله هذا الحديث في كتاب الشفعة(٣٠)٠

وفيه دليل أن الشفعة تجب للصبى ، والاب والوصي يقوم مقامه في الاستيفاء ٠

وفيه دليل ان الغائب تجب له الشفعة ، كما تجب للحاضر ٠

[١٠٢٦] ذكر عن ابي سعيد الخدري رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :

---

(٢٧) س : قال : الشفعة لليتيم وصية ٠

(٢٨) ف : للمقيم ٠ وفي المبسوط : وعن الحسن في الشفعة لليتيم قال وصيه بمنزلة ابيه ٠

(٢٩) حديث الحسن البصري في الشفعة : لليتيم وصيه ان شاء اخذ له والغائب على شفعته ٠٠ رواه الدارمي عن محمد بن الصلت . ثنا موسى بن محمد ، عن اسماعيل ، عن الحسن قال : وصي اليتيم يأخذ له بالشفعة والغائب على شفعته (سنن الدارمي ــ الوصايا ــ ٢/٢٩٥ رقم : ٣٢١٠) وقد روى البيهقي عن علي بن بشران . أنبأ اسماعيل الصفار ، ثنا سعدان ، ثناد معاذ ، عن الاشعث ، عن الحسن انه كان يرى ان الغائب على شفعته اذا قدم ، ويرى الصغير على شفعته اذا كبر قال : وليس في الحيوان شفعة (السنن الكبرى ٦/١٠٩) وسيذكر الشارع ان محمدا اورده في كتاب الشفعة ، وانظر السرخسي (المبسوط : ١٤/٩١) ٠

(٣٠) قوله : وقد اورد محمد رحمه الله هذا الحديث في كتاب الشفعة ، قلت : وقد نقله السرخسي عنه بلفظ : وعن الحسن في الشفعة لليتيم قال : وصيه بمنزلة ابيه ان شاء اخذ والغائب على شفعته (المبسوط : ١٤/٩١) ٠

« الخليط احق من غيره »[31] .

والخليط هو الشريك في الطريق .

وقوله : « من غيره » اراد به الجار .

فكان هذا الحديث حجة لنا على الشافعي رحمه الله .

[1027] ذكر عن جابر بن عبدالله رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال :

---

(31) حديث ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الخليط احق من غيره » رواه السرخسي في المبسوط عن ابى سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره » قال والخليط هو الشريك في نفس المبيع والشفيع هو الشريك في حقوق المبيع كالشرب والطريق وقيل على عكس دلك فقد روى بعض الرواة ان الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك يكون في نفس المبيع والخليط يكون في حقوق المبيع سمى خليطا لاختلاط بينهما فيما يتأتى به الانتفاع مع تميز الملك والشفيع هو الجار ... انظر المبسوط : (14/91-92) وقد روى الطحاوى قال : حدثنا احمد بن داود ، قال ، ثنا محمد بن كثير ، قال : اخبرنا سفيان عن هشام ، عن محمد ، عن شريح ، وأشعث أظنه عن الشعبي عن شريح قال : « الخليط احق من الشفيع والشفيع احق ممن سواه » (شرح معانى الآثار 4/125) وقد روى ابن حزم الحديث بلفظ « الشريك احق » (المحلى : 9/92) وعبدالرزاق عن معمر عن ايوب عن الشعبي وابن سيرين عن شريح قال : « الخليط احق من الشفيع ، والشفيع احق ممن سواه ، وباسانيد اخرى (المصنف 8/78-79 رقم 14386 - 14388) وعن الثورى عن الحسن ابن عبيدالله عن فضيل عن ابراهيم قال : « الخليط احق من الجار والجار احق من غيره » (المصنف : 8/79 رقم 14389) وعن ابي سفيان عن هشام بن المغيرة قال : سمعت الشعبي يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الشفيع اولى من الجار والجار اولى من الجنب » (المصنف : 8/79 رقم 14390) وقد روى وكيع بسنده الى شريح « الخليط احق من الشفيع والشفيع احق من الجار » والجار احق ممن سواه » (اخبار القضاة : 2/248) وانظر نصب الراية : 4/176 ، والدراية : 4/203 رقم 892 .

« الجـار احق[٣٢] بشفعته ينتظر بها له[٣٣] اذا كان غائبـا اذا كان طريقهما واحدا »[٣٤] ٠

وهو[٣٥] ايضا يدل على ثبوت حق الشفعة للجار ٠

[١٠٢٨] ذكر عن الشعبى انه قال :

---

(٣٢) ك ل : احق بسقبه وما اثبتناه عن ب ص س ف ج م ، وعن سنن الترمذي : ٢/٤١٢ ٠

(٣٣) (له) سقطت من س ف واثباتها عن ك ب ٠ وفي ص : ينتظر الجار ذكر عن الشعبي (بسقوط ما يقرب من السطر) ٠

(٣٤) حديث جابر بن عبدالله ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الجار احق بشفعته ٠٠٠ » رواه الترمذي في الاحكام عن قتيبة ، حدثنا خالد ابن عبدالله الواسطي ، عن عبدالملك بن ابي سليمان ، عن عطاء ، عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الجار أحق بشفعته ينتظر به وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا » ثم قال الترمذي : هذا حديث غريب ولا نعلم احدا روى هذا الحديث غير عبدالملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر ، وعبدالملك وهو ثقة مأمون عند أهل الحديث ، لا نعلم احدا تكلم فيه غير شعبة ، من اجل هذا الحديث ، وقد روى وكيع عن شعبة عن عبدالملك بن ابي سليمان هذا الحديث وروي عن ابن المبارك عن سفيان الثوري ، قال : عبدالملك بن أبي سليمان ميزان يعنى في العلم ، والعمل على هذا الحديث عند اهل العلم ان الرجل احق بشفعته وان كان غائبا فاذا قدم فله الشفعة وان تطاول ذلك (سنن الترمذي : ٢/٤١٢-٤١٣ رقم ١٣٨١) وانظر نصب الراية : (٤/١٧٢) ، والدراية : (٢/٢٠٢ رقم ٨٨٩) والمبسوط : (١٤/٩٢) وشرح معاني الآثار : (٤/١٢٠-١٢١ باسانيد عنه) والدارمي (سنن : ٢/١٨٦ رقم ٢٦٣٠) وابن ماجة (سنن ابن ماجة ـ الشفعة : ٢/٨٣٣ رقم ٢٤٩٤) ، وأبا داود : (سنن ابي داود ـ الشفعة : ٣/٢٨٦ رقم ٣٥١٨) والبيهقي (السنن الكبـرى : ٦/١٠٦) ، وعبدالرزاق : (المصنف : ٨/٨١ رقم ١٤٣٩٦) وكنز العمال جـ ٨ ص ٣ رقم ١٧ ٠

(٣٥) ل : وهذا ايضا ٠

من بيعت شفعته وهـــو حاضـر فلـم يطـلب[٣٦] بطلت شفعته[٣٧] .

وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله ؛ لما نبين ان شاء الله تعالى .

[١٠٢٩] ذكر عن علي وابن عباس رضى الله عنهما انهما قالا: لا شفعة[٣٨] الا لشريك لم يقاسم[٣٩] .

وهذا[٤٠] حجة للشافعي رحمه الله .

وتأويله عندنا ما ذكر محمد في كتاب الشفعة : أنه لا شفعة الا لشريك لم يقاسم اذا لم يسلم الشفعة[٤١] ، فاما اذا سلم الشفعة هو[٤٢] فحينئذ تثبت[٤٣] لغيره .

---

(٣٦) ص : فلم يطلب شفعته بطلت شفعته .

(٣٧) قول الشعبى : من بيعت شفعته وهو حاضر ... الى آخره رواه عبدالرزاق الصنعانى عن ابي سفيان عن يونس عن ابي اسحق عن الشعبى قال : من بيعت شفعته وهو شاهد لا ينكرها فقد بطلت شفعته (المصنف : ٨/٨٣ رقم ١٤٤٠٥) ورواه السرخسي عن الشعبى بلفظ : من بيعت شفعته وهو حاضر فلم يطلب فلا شفعة له قال : وبه نأخذ لان سكوته عن الطلب بعد علمه وتمكنه من الطلب دليل الرضا منه (المبسوط : ١٤/٩٢) ورواه البخاري بلاغا عن الشعبى بلفظ : من بيعت شفعته وهو شاهد لا يغيرها فلا شفعة له (صحيح البخاري ـ الشفعة ـ ٢/٢٢) وانظر هذه المســـألة في المحلى : ٩/٨٩ـ٩٠ .

(٣٨) س : للشريك الذي لم يقاسم .

(٣٩) حديث علي وابن عباس انهما قالا : لا شفعة الا لشريك لم يقاسم رواه محمد بن الحسن (انظر المبسوط : ١٤/٩٤) وقد نسب ابن حزم هذا الرأي الى مالك والشافعي واحمد واسحق وابي ثور والاوزاعي والليث بن سعد (المحلى : ٩/٩٩) .

(٤٠) س : وهو حجة .

(٤١) س : شفعته .

(٤٢) ك : هى . وقد سقطت من س .

(٤٣) ص : ثبتت . ب : وحينئذ تثبت .

[١٠٣٠] ذكر عن شريح أنه قال :

الشريك احق من الخليط ، والخليط احق من الجار ، والجار احق من غيره[٤٤] ٠

وبه نقول ٠

فكان هذا الحديث حجة لنا على الشافعي رحمة الله عليه ٠

[١٠٣١] ذكر عن عمرو[٤٥] بن الشريد عن ابيه ، قال :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

« الجار احق بصقبه[٤٦] ما كان »[٤٧] ٠

---

(٤٤) حديث شريح : الشريك احق من الخليط والخليط احق من الجار والجار احق من غيره رواه محمد بن الحسن فانظره في مبسوط شمس الائمة السرخسي : ١٤/٩١-٩٢ ، ورواه عبدالرزاق باسانيد عن ابن سيرين عن شريح وعن الشعبي عن شريح وعن محمد عن شريح بالفاظ (المصنف : ٨/٧٨-٧٩ ، رقم ١٤٣٨٤ - ١٤٣٨٨) وقد مرت له الفاظ في تعليقات الفقرة ١٠٢٦ قبل قليـل ٠

(٤٥) ف ج ك : عمرو بن شريك والتصحيح من سائر النسخ ومن كتب التخريج ٠

(٤٦) في حاشية ك زيادة بعد لفظة احق هي قوله بسقبه وفي ف ج : بشـفعته ٠

(٤٧) حديث عمرو بن الشريد عن ابيه إن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « الجار احق بصقبه ما كان » رواه الامام احمد والطبراني وابو سعيد بن ابن منصور عن الشريد بن سويد (كنز العمال : ج ٧ ص ٤ رقم ٣٣) وانظر مسند احمد : (٤/٣٨٩ ، ٣٩٠) ورواه الخرائطي في مكارم الاخلاق عن ابن عمر (كنز العمال : جـ٧ ص ٤ رقم ٣١) ورواه ابن ماجة والنسائي عن الشريد ابن سويد وليس فيه الزيادة « ما كان » (الفتح الكبير في ضم الزيادة الى الجامع الصغير : ٢/٦٤) ورواه ابن ماجة عن عمرو بن الشريد عن ابي رافع بلفظ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الشريك احق بسقبه ما كان » (سنن ابن ماجة : ٢/٨٣٤ رقم ٢٤٩٨) ٠

وفي رواية : « من كان » .

فان كانت [٢٣٢آ] الرواية : « من كان » فتأويله مسلما كان أو كافرا ، حرا كان[٤٨] او عبدا ، ذكرا كان أو أنثى ، صغيرا كان أو كبيرا ، فيصير[٤٩] الحديث حجة لنا على من قال : لا شفعة ليهودي ولا نصراني .

وان كانت الرواية : « ما كان » فتأويله[٥٠] من كان ايضا ؛ لان[٥١] اقامة (ما) مقام (من) سائغ[٥٢] في اللغة .

[١٠٣٢] وذكر عن شريح أنه قضى لنصراني بالشفعة ، فكتب الى عمر رضى الله عنه فاجازها[٥٣] .

وبه نقول .

وبعضهم قال : لا تثبت الشفعة للكافر .

[١٠٣٣] وروى[٥٤] عامر [٥٥] عن شريح أنه قال

---

(٤٨) قوله : (حرا كان) ليس في نسخة ص .

(٤٩) ل : فيصير الجواب .

(٥٠) ب : فتأويله ايضا لان ... ف ج : فتأويله ايضا كذلك لان ...

(٥١) ف : لان اقامته مقام من شائع .

(٥٢) ف ج ك : شائع .

(٥٣) قوله : وذكر عن شريح انه قضى لنصراني بالشفعة ـ فكتب الى عمر رضى الله عنه فاجازها رواه محمد بن الحسن انظر مبسوط السـرخسي (١٤/٩٣) .

(٥٤) س : وروي عن شريح .

(٥٥) عامر : هو عامر بن شراحيل الشعبي وقد مرت ترجمته .

لا شفعة ليهودي[٥٦] ، ولا لنصراني ، ولا لمجوسي[٥٧] ·

فالمخالف اخذ[٥٨] بالحديث الثاني ·

واصحابنا اخذوا بالحديث الاول ·

والاخذ به أولى ؛ لانه تأيد بحديث عمر رضى الله عنه ·

[١٠٣٤] ذكر عن شريح أنه قال :

الشفعة بالابواب ، اقرب الابواب الى الدار احق بالشفعة[٥٩] ·

---

(٥٦) س : لليهودي ولا النصراني ·

(٥٧) حديث عامر عن شريح انه قال لا شفعة ليهودي ولا لنصراني ولا لمجوسي رواه محمد بن الحسن انظر المبسوط (١٤/٩٣) ورواه وكيع عن الصغاني وابن شاذان قالا : حدثنا معلى ، قال : حدثنا يعقوب قال : حدثنا مجالد ، عن الشعبي ، عن شريح أنه قال : لا شفعة ليهودي ولا نصراني ولا لمجوسي على مسلم (اخبار القضاة : ٢/٢٤٩) واخرجه البيهقي من طريق نائل بن نجيح عن سفيان عن حميد عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا شفعة للنصراني » ثم قال . قال ابو احمد : احاديث نائل مظلمة جدا وخاصة اذا روى عن الثورى · ثم ساق له سندا آخر واخرجه ايضا عن حميد الطويل عن الحسن بلفظ : « ليس لليهودي والنصراني شفعة » (السنن الكبرى : ٦/١٠٨-١٠٩) وروى عبدالرزاق عن الثوري عن حميد الطويل عن الحسن او أنس وقال : أنا أشك ـ قال : « ليس للكافر شفعة » (المصنف : ٨/٨٤ رقم ١٤٤١١) ورواه الطبراني في الصغير من حديث انس وفيه نائل بن نجيح وثقه ابو حاتم وضعفه غيره (مجمع الزوائد : ٤/١٥٩) وحديث لا شفعة لنصراني رواه ابن عدي في الكامل عن انس (كنز العمال : ٧/٤ رقم ٣٥) ·

(٥٨) س : اخذ بهذا الحديث واصحابنا · ف : اخذ الحديث الثاني ·

(٥٩) حديث شريح انه قال : الشفعة بالابواب اقرب الابواب الى الدار أحق بالشفعة رواه عبدالرزاق في باب الشفعة بالابواب او الحدود من مصنفه عن الثورى ، عن جابر ، عن الشعبى ، عن شريح قال : كان يقضي في الجار الاول ←

ولسنا نأخذ[٦٠] بهذا الحديث ·

وقد مر هذا في صدر الباب ·

[١٠٣٥] ذكر عن الحسن قال :

اذا قسم[٦١] القوم الارضين وابقوا[٦٢] شربها بينهم فهم شفعاء[٦٣] ·

لان لهم في الشرب شركة ، والشركة في الشرب تثبت حق الشفعة[٦٤] ·

[اوان وجوب الشفعة]

=

فالاول يعني الجدر (المصنف : ٨/٨٢ رقم ١٤٤٠٢) ورواه وكيع قال اخبرنا الجرجاني قال : اخبرنا عبدالرزاق ، قال : حدثنا الثوري ، عن جابر عن الشعبي ، عن شريح قال : في الجنب الاول فالاول يعني بالجدر · (اخبار القضاة : ٢/٢٥٣) ، وروى عن الصغاني قال : حدثنا ابن ابي شيبة ، قال : حدثنا وكيع قال : حدثنا اسرائيل عن جابر عن عامر عن شريح قال : الشفعة للحيطان (اخبار القضاة : ٢/٢٤٩) فليلاحظ ذلك وقد رواه محمد بلفظ : الشفعة بالابواب فاقرب الابواب الى الدار احق بالشفعة (المبسوط ١٤/٩٣) ·

(٦٠) س : ولسنا نأخذ به وذكر عن الحسن قال ·

(٦١) (قسم) كذا في ص ل ك س · وفي ف ج م : اقتسم ·

(٦٢) ف ج ك : وبقوا · ل : ورفعوا شربها · وكل ذلك تصحيف ·

(٦٣) حديث الحسن انه قال : اذا قسم القوم الارضين وابقوا شربها بينهم فهم شفعاء رواه محمد بن الحسن انظر مبسوط السرخسي وقد جاء فيه بلفظ اذا اقتسم القوم الارضين ورفعوا سربها (بالسين) بينهم فهم شفعاء (المبسوط : ١٤/٩٣) ·

(٦٤) الى هنا نهاية ما سقط من نسخة هـ ·

[١٠٣٦] قال[٦٥] ابو بكر [وهو صاحب الكتاب] :

الشفعة في قول اصحابنا رحمهم الله تجب بعقد البيع ، ثم بالطلب حين يعلم الشفيع ، فان سكت عن ذلك وفرط حين علم ، أو أخذ في عمل[٦٦] تشاغل به فهذا ابطال[٦٧] للشفعة ٠

ولم يرد بقوله الشفعة انها[٦٨] تجب بعقد البيع أن سبب وجوب الشفعة البيع ، بل سبب وجوبها[٦٩] اتصال ملك الشفيع بالدار المبيعة ، وانما[٧٠] اراد به أن أوان وجوبها[٧١] البيع ، فاذا بيع ، وعلم الشفيع به ولم يطلب بطلت[٧٢] كما علم ٠

[طلب الشفعة]

[١٠٣٧] والطلب على ثلاثة أوجه :

طلب المواثبة ، وهو أن يطلب كما علم ، حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته ، حتى لو أخبر بكتاب ، والشفعة في أول الكتاب او وسطه [٢٣٢ب] فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته ٠

والى هذا ذهب مشايخ بلخ وعامة مشايخنا ٠

---

(٦٥) س : قال صاحب الكتاب ٠

(٦٦) س . عمل آخر يتشاغل ٠ ف : اخذ في عمل حتى تشاغل به ٠ هـ : في علم ٠

(٦٧) ب : ابطال الشفعة ٠

(٦٨) ك ل ص س : انما ٠

(٦٩) هـ ف : وجوبه ٠

(٧٠) ف : وانه انما اراد أوان وجوبه ٠

(٧١) ف : وجوبه ٠ س : ان وجوبها ٠ ومن قوله : اتصال ملك الشفيع ٠٠٠ الى هنا ليس في ص ٠

(٧٢) ص : بطلت شفعته ٠

وروى هشـــام(٧٣) عن محمـــد رحمـــه الله في نوادره(٧٤) أن(٧٥) له مجلس العلم ان طلب في مجلس العلم كانت له الشفعة والا فلا ٠

وهكذا روي عن ابي الحسن الكرخي(٧٦) ٠

اما اذا قال بعد ما بلغه الخبر : الحمد لله ، فلا تبطل شفعته ٠

---

(٧٣) ل : عن هشام ٠ وما اثبتناه عن الاصل وعن سائر النسخ وهشام مر هشام بن عبيدالله وقيل ابن عبدالله الرازي المازني الحنفي المتوفى ٢٠١ هـ وقد مرت ترجمته في تعليقات الفقرة ٦٢٨ من الجزء الثالث ص ٨٧ من هـــذا الكتاب ٠

(٧٤) النوادر لهشام كتاب الفه في المسائل المروية عن اصحاب المذهب الحنفي ويسمى كتاب النوادر في الفقه وهو احد كتب النوادر التى جمعت المسائل المروية عن اصحاب المذهب التى لم تدون في كتب ظاهر الرواية ، بل دونت اما في كتب غيرها تنسب الى محمد بن الحسن كالكيسانيات والهارونيات والجرجانيات والرقيات ، وانما قيل لها غير ظاهر الرواية لانها لم ترو عن محمد بروايات ظاهرة صحيحة ثابتة ككتب ظاهر الرواية التى ثبتت في المبسوط والزيادات والجامع الكبير والصغير ٠ واما دونت في كتب غيره ككتاب المجرد للحسن بن زياد ، وكتب الامالي لاصحاب ابى يوسف وغيرهم واما بروايات مفردة مثل رواية ابن سماعة ورواية هشام هذا وغيرهما ٠ في مسالة معينـة (انظر كشف الظنون : جـ٢/ص : ١٢٨٢ـ١٢٨٣) وانظر هدية العارفين : ٥٠٨/٢) ٠

(٧٥) ل : فان

(٧٦) س . الكوفي ٠ ب : عن ابى الحسين الكرخي وهما تصحيف وابو الحسن الكرخي هو عبيدالله بن الحسين بن دلال الكرخي الحنفي (ابو الحسن) أحد اعلام الحنفية المشهورين المتوفى ببغداد ٣٤٠هـ ومن تصانيفه شرح الجامع الصغير وشرح الجامع الكبير والمختصر وكلها في فروع المذهب الحنفى ومسالة في الاشربة وتحليل نبيذ التمر ، انظر : لسان الميزان ٩٨/٤ ، تاج التراجم ٢٩ ، الفوائد ١٠٨ ، كشف الظنون ٥٦٣ ، ٥٧٠ ايضاح المكنون ٣٥٤/١ ، هدية العارفين : ٦٤٦/١ معجم المؤلفين : ٢٣٩/٦ ٠

لان هذا من الطلب ، يعنى : الحمد لله الذي خلصني[٧٧] من جواره ٠

وكذا لو قال : لا حول ولا قوة الا بالله ٠

لان هذا من الطلب ، يعنى : [ان][٧٨] البائع قصد الاضرار[٧٩] ، حيث باع[٨٠] من رجل يتضرر[٨١] به ، فكان هذا من باب الطلب ، لا من باب الاعراض[٨٢] ٠

والثاني : طلب التقرير والاشهاد ٠

لان الشفيع يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي بالبينة ، ولا يمكنه اذا لم يشهد على الطلب[٨٣] ، فالظاهر انه لا يمكنه الاشهاد على طريق المواثبة ؛ لانها شرعت على فور العلم بالشراء ، فيحتاج بعد[٨٤] طلب المواثبة الى الاشهاد والتقرير ، وطلب الاشهاد والتقرير[٨٥] انما يصح عند حضرة المشتري او البائع او

---

(٧٧) س : خلصه ٠

(٧٨) الزيادة من س ٠

(٧٩) س : اضراري ٠

(٨٠) ب : باع من يتضرر به ٠

(٨١) س : اتضرر ٠

(٨٢) ف : الاعتراض ٠

(٨٣) ب : على الطالب ٠

(٨٤) س : بعد الطلب الى المواثبة بالاشهاد والتقرير فطلب الاشهاد ٠٠٠

(٨٥) قوله : (وطلب الاشهاد والتقرير) ليس في ب ف ج ٠

الدار[٨٦] ، ويقول : ان فلانا اشترى هذه الدار ، وأنا شفيعها[٨٧]، وقد كنت طلبت الشفعة ، و [انا][٨٨] أطلبها الان ، فاشهدوا على ذلك ٠

والثالث : طلب تملك[٨٩] ، وهو من مسائل كتاب الشفعة ٠

[المسلم والكافر سواء في الشفعة]

[١٠٣٨] قال :

والمسلم والكافر في الشفعة سواء ٠

لما روينا من الآثار ٠

ولانهما سواء في سبب الشفعة ٠

[الشفعة على عدد الرؤوس]

---

(٨٦) قول الخصاف : « وطلب الاشهاد والتقرير انما يصح عند حضرة المشتري او البائع او الدار ٠٠٠ » رواه الطحاوي في الشروط عنه بلفظ : « وقد حكى ابن الخصاف [كذا وهو يسميه دائما ابن الخصاف] عن اصحابنا أن الاشهاد الذي يوجب الشفعة لا يكون الا بمحضر من المبيع الذي فيه الشفعة او ممن يجب اخذه منه بحق الشفعة فيه » ثم قال معقبا عليه : « ولا اعلم من اصحابه احد حكى هذا غيره ، وعسى ان يكون اخذه من قول الحسن اللؤلؤي أو من روايته ، فان جل حكاياته عنه وفيها خلاف كثير لروايات ابي يوسف ومحمد ، ولكن الاحوط في هذا وفي غيره الاحتراز من قول كل من [كذا ولعلها : كل ما] أمكن الاشتراز من قوله حتى لا يكون لطاعن مطعن فيما يكتب من ذلك ان شاء الله ٠٠٠ » (كتاب الشروط الكبير ـ مطبوع في حاشية الشروط الصغير بتحقيق زميلنا روحي اوزجان ١/٣٦٥) ٠

(٨٧) س : أستشفعها ٠

(٨٨) الزيادة من س هـ ٠

(٨٩) س ل : طلب التمليك ٠ ب ف : تمليك ٠

[١٠٣٩] قال :

والشفعة على عدد الرؤوس •

وهذا عندنا •

وعند الشافعي رحمه الله على قدر الانصباء •

والحجج تعرف في كتاب الشفعة •

[الحر والعبد والمكاتب سواء في الشفعة]

[١٠٤٠] قال :

والحر والعبد التاجر[٩٠] والمكاتب في ذلك سواء[٩١] •

لان الاخذ بالشفعة تجارة ؛ لما فيه من المبادلة[٩٢] ، والحر والعبد التاجر والمكاتب في التجارة سواء •

[الشفعة في ما لا ينقل]

[١٠٤١] قال :

وانما الشفعة في الارضين التي تملك رقابها ، وهي [٣ الدور والعقار كلها •

وبه أخذ علماؤنا ؛ ان الشفعة انما تجب في الاراضي التى تملك رقابها[٩٣] ، حتى ان الاراضي التى حازها الامام لبيت

---

(٩٠) ص : والتاجر •

(٩١) قوله : (سواء) ليس في ب •

(٩٢) س : من المبادلة وهم فيها سواء قال •••

(٩٣) من قوله : (وهي الدور والعقار كلها وبه أخذ علماؤنا ••• الى هنا) ليس من ص •

المال ، وتدفـــع الى الناس مزارعة بالمناصفــة والمثالثــة[٩٤] ، وصار[٩٥] لهم فيها كــردار[٩٦] كالبناء والاشجار والكبيس[٩٧] ، اذا كبسها بتراب نقله من موضع يملكه حتى صار لهم كردارا ، فان بيعت الاراضي فبيعها باطل ، وان بيع الكردار وكان معلوما يجوز بيعه ، لكن لا شفعة فيه ؛ لانه مما ينتقل ، ولا شفعة فيما ينقل ٠

وكذا الاراضي الماندهية[٩٨] اذا كانت الاكرة[٩٩] يزرعونها فبيعها لا يجوز ، وبيع الكردار يجوز اذا كان معلوما ، ولا شفعة فيه لما قلنا ٠

[الشفعة بالقضاء أو بالرضى]

[١٠٤٢] قال :

---

(٩٤) ب : او المثالثة فصار ٠

(٩٥) ب ل : فصار ٠

(٩٦) الكردار قال في القاموس : الكردار بالكسر مثل البناء والاشجار والكبس اذا كبسه من تراب نقله من مكان كان يملكه ومنه قول الفقهاء يجوز بيع الكردار ولا شفعة فيه (قاموس مادة كردر : ١٣١/٢) ٠

(٩٧) ل س ب : والكبس اذا كبسها ، قال في القاموس : كبس البئر والنهر يكبسهما طمهما بالتراب (قاموس ، كبس ، ٢٥٤/٢) وانظر طلبة الطلبة : ١٥٧ ٠

(٩٨) في الفتاوى الهندية : الماندبهية ، وفيها نقل العبارة من قوله : حتى ان الاراضي التي حازها الامام ٠٠٠ الى هنا (انظر الفتاوى الهندية : ١٦١/٥) ٠

(٩٩) الاكرة : جمع أكار : للمخابر ، والمؤاكرة : المخابرة ، والمخابرة : أن يزرع على النصف ونحوه ٠ (قاموس : اكر ، وخبر : ٣٧٨/١ ـ ٣٧٩ ، ١٧/٢) و (طلبة الطلبة : ١٥٠) ٠

والشفعة للشفيع بعد[١٠٠] البيع ، ويستحقها بالطلب والاشهاد على شفعته[١٠١] ، ويملكها بأخذها ، اذا سلمها[١٠٢] له المشتري ، أو يحكم له به الحاكم ·

أراد بالطلب طلب المواثبة ،وبالاشهاد طلب الاشهاد والتقرير ·

وبه نقول[١٠٣] ·

ثم اذا طلب[١٠٤] طلب المواثبة ، وطلب الاشهاد والتقرير ، وطلب التملك[١٠٥] · فانما يملك الدار أما بقضاء، أو رضى[١٠٦]، وهو حكم الحاكم ، أو تسليم[١٠٧] المشتري اليه ·

لان الملك للمشتري في الدار تم بالشراء ، والملك اذا تم لا ينقض الا بقضاء أو رضى[١٠٨] · ألا ترى أن من وهب من آخر شيئا وقبض لا ينقض ملكه الا بقضاء او رضى ، وان كان للواهب حق الرجوع ·

---

(١٠٠) ف ب ل : بعقد البيع ·

(١٠١) ف : على نفسه ·

(١٠٢) ل : سلمه المشتري ·

(١٠٣) قوله : « وبه نقول » قلت أنظر رأي الحنفيه في ذلك في مبسوط السرخسي ١٤/١١٨ ·

(١٠٤) ج ف ب : ثم اذا طلب المواثبة وطلب الاشهاد · ص : ثم اذا كان طلب المواثبة وطلب الاشهاد والتقرير وطلب ···

(١٠٥) ب ل ف س ص : وطلب التمليك ·

(١٠٦) (رضى) كذا في ك ل · وفي سائر النسخ : (برضى) ·

(١٠٧) س : بتسليم ·

(١٠٨) (رضى) كذا في س ك ل · وفي سائر النسخ (برضى) ·

وانما يظهر أثر هذا فيما اذا طلب الشفعة طلب المواثبة ، وطلب الاشهاد والتقرير ، فلم يسلمها له المشترى ، ولم يحكم له الحاكم بها حتى بيعت دار اخـــرى بجنبها ، تجب شفعتها ، ثم سلمها(١٠٩) له المشتري ، او حكم الحاكم له بها ، فانه لا يستحق الدار التى بيعت بجنبها(١١٠) بالشفعة ؛ لان الاستحقاق انما يكون بالجوار ، [٢٣٣ب] والجوار انما يتحقق بالملك ، وقبل تسليم المشتري أو حكم الحاكم له بالملك(١١١) لم يملك(١١٢) ، فلا يصير جارا ٠

وكذا لو مات الشفيع بعد الطلبين ، قبل أن يحكم له القاضي ، أو قبل ان يسلمها اليه المشتري ، بطلت شفعته ٠

لان الشفعة لا تورث ، ولو ثبت الملك يجرى الارث فيه ٠

وكذا لو باع داره بعد(١١٣) الطلبين قبل ان يحكم الحاكم له بالشفعة ، وقبل أن يسلمها اليه المشتري بطلت شفعته ٠

لان بقاء الدار التى بها يستحق الشفعة من وقت العقد الى وقت التملك(١١٤) شرط للاخذ(١١٥) بالشـــفعة ، علـم أنـــه انما(١١٦) يملك اما بالقضاء ، او بالرضى ، وهو حكم الحاكم ، او تسليم المشتري ٠

---

(١٠٩) ك : يسلمها ٠
(١١٠) من قوله : (ثم سلمها له المشترى ٠٠٠ الى هنا) ليس في ص ٠
(١١١) قوله : (بالملك) ليس في ص ٠
(١١٢) قوله : (لم يملك) ليس في ف ٠
(١١٣) ف : قبل الطلبين ٠
(١١٤) س ص : التمليك ٠
(١١٥) س : الاخذ ٠
(١١٦) س : انما يملك بقضاء او رضى ٠ ب : انما تملك ٠

[١٠٤٣] ثم ان صاحب الكتاب يعلم وجه القضاء انه كيف يقضى القاضي اذا اختصم اليه في دعوى الشفعة فقال :

اذا قدم رجل رجلا الى القاضي فقال :

ان هذا اشترى [دارا][١١٧] وانـــا شفيعها ، فانه ينبغي للقاضي ان يسأله قبل ان يسأل المدعى عليه : أين هذه الدار ؟ وفي أي بلدة ؟ ويقول له : صف موضعها وحدودها ٠

فيحتاج المدعي الى أن يبين بلدها ومحلتها[١١٨] وحدودها ؛ لانه يدعي حقا فيها ، فصار بمنزلة ما لو [يدعى][١١٩] رقبتها ، يحتاج الى أن يبين بلدها ، ومحلتها ، وحدودها[١٢٠]٠ فكذا اذا ادعى حقا فيها ٠

فاذا بين المدعي ذلك ســـأله القاضي وقـــال : بأي شيء شفيعها[١٢١] انت ؟

لان الاسباب التى بها يصير شفيعا[١٢٢] تختـــلف[١٢٣] والشفعة ببعض الاسباب مقدمة[١٢٤] على البعض ، فيحتـــاج القاضي الى أن يعرفها ٠

---

(١١٧) الزيادة من ص ب ٠

(١١٨) ص : ومحلها ٠

(١١٩) ل ص : ادعى ٠

(١٢٠) من قوله : (لانه يدعي حقا فيها ٠٠٠ الى هنا ليس في ب ف ج) ٠

(١٢١) ل س : انت شفيعها ٠ ص : باي سبب شفيعها أنت ٠

(١٢٢) ب ف ل : شفيعها ٠

(١٢٣) ل : مختلفة ٠

(١٢٤) ف : متعذرة (رهو تصحيف) ٠

فان قـــال المدعي : بدار لي تلاصقها ، فالآن تمت[١٢٥] دعواه ، فيقبل[١٢٦] القاضي على المدعى عليه ويقول : ما تقول في ما ادعى[١٢٧] عليك ؟

فان قال : ما لهذا قبلي شفعة[١٢٨] هذه الدار التي حدودها [كذا وكذا][١٢٩] ، فهذا جواب صحيح .

فاذا صح الجواب أقبل على المدعي وقال : قد أنكر ما ادعيت .

فان قال المدعي : حلفه لي [٢٣٤أ] ، استحلفه[١٣٠] القاضي .

لان المدعي يدعي عليه شيئا لو أقر به لزمه ، فاذا أنكـر يستحلف .

ثم كيف يستحلفه[١٣١] ؟

قال في الكتاب :

يستحلفه[١٣٢] : بالله ما لهذا قبلك شفعة هذه الدار التى وصف وحدد[١٣٣] .

---

(١٢٥) في الاصل وبقية النسخ : تم والتصحيح من ل .

(١٢٦) ف ج ك : فأقبل .

(١٢٧) س : يدعي .

(١٢٨) س : حق شفعة هذه الدار .

(١٢٩) سقط ما بين القوسين من الاصل ومن ص ب .

(١٣٠) ل : يستحلفه .

(١٣١) ف : يستحلف .

(١٣٢) ب ف ك ل : استحلفه .

(١٣٣) س : وحددها .

لان الاستحلاف انما يكون على وفق انكار المنكر ·

فان حلف ، فلا شيء له ، الا أن يأتى المدعي بالبينة ، وان نكل لزمته الشفعة ·

[١٠٤٤] قال :

فان قال المدعى عليه : قد اشتريت هذه الدار التى سمى وحدد ، لكن الدار التى في يد هذا المدعي ليست له ، وما له قبلى شفعة ، فالقاضى[١٣٤] يأمر المدعى ان يقيم البينة ان الدار التي في يديه له ·

لان الجوار[١٣٥] بسبب ملك الرقبة سبب استحقاق الشفعة · والجوار بسبب الاجارة والاعارة لا[١٣٦] ، واليد محتملة ، والمحتمل لا يكون حجة ·

فان أقام البينة على ذلك استحق الشفعة ·

وان لم يقيم وقال للقاضى[١٣٧] : ان المشتري يعلم انها فحلفه على ذلك ، حلف المشتري ·

[لان الشفيع ادعى عليه شيئا لو أقر به لزمه فاذا انكر حلف[١٣٨] ·

---

(١٣٤) س : فللقاضي أن يأمر ·

(١٣٥) هـ : لان الجوار انما يثبت بملك ·

(١٣٦) (لا) ليست في س ف ج هـ ، واثباتها عن ب ك ل · وفي ص لان اليد محتملة ·

(١٣٧) ف ج ب ك : وقال القاضي (وهو تصحيف) ·

(١٣٨) ب وحاشية ك . يحلف ·

ثم كيف يحلف ؟[١٣٩]

قال[١٤٠] صاحب الكتاب :

احلف المشترى [١٤١] بالله ما يعلم ان الدار التى في يدي هذا المدعي التى بجنب هذه الدار التى اشتريت له ٠

لانه استحلاف على ما ليس في يدي انسان ٠ والاستحلاف على ما ليس في يدي انسان[١٤٢] يكون على العلم ٠

فان حلف فلا سبيل [له][١٤٣] عليه ، الا أن يقيم البينة أنها له ٠

وان نكل لزمته الشفعة ٠

[١٠٤٥] قال :

فان قال المشتري : قد اشتريت هذه الدار منذ سنة ، وقد علم الشفيع بشرائي ، ولم يطلب ، فاسأله عن ذلك ، فان القاضي يســأل المدعي عنه[١٤٤] : متى اشترى[١٤٥] هذه الدار ؟

---

(١٣٩) قوله : (ثم كيف يحلف) ليس في الاصول كلها وانما هي زيادة من س ص فقط ٠

(١٤٠) ف ج ب : قال في الكتاب ٠

(١٤١) ما بين القوسين سقط من متن الاصل ك واثباته عن حاشيته وعن النسخ الاخرى ٠

(١٤٢) قوله : (والاستحلاف على ما ليس في يدي انسان) ليس في ص ٠

(١٤٣) الزيادة من ب ٠

(١٤٤) ف ج : عن ٠ ص : المدعى عليه ٠

(١٤٥) ف . يشتري ٠

فان قال الشفيع : [قد][١٤٦] طلبت الشفعة حين علمت ، فان القاضي يكتفى منه بهذا المقدار[١٤٧] ؛ لانه لا يمكنه ان يقول اشتراها منذ سنة ، لانه يحتاج الى الاثبات ، فهذا الرجل ممن يتحرز ، حتى لا يحتاج الى اثباب شيء ٠

فان قال المشتري : ما طلبت حين[١٤٨] علمت ، كان القول قول الشفيع ٠

فرق بين هذا وبين ما اذا قال الشفيع : [٢٣٤ب] علمت منذ كذا ، وطلبت ، وقال المشتري : ما طلبت ، كان القول قول المشتري[١٤٩] ٠

والفرق بينهما : أنه اذا قال : طلبت حين علمت فعلمه[١٥٠] عند القاضي ظهر للحال ، وقد وجد منه الطلب للحال ، فكان القول قوله ٠

اما اذا قال : علمت منذ كذا فعلمه بالشراء منذ كذا ثبت عند القاضي باقراره ، وطلبه منذ كذا لم يظهر فيحتاج الى الاثبات ٠

ونظير هذا البكر اذا زوجت[١٥١] ، فبلغها [النكاح][١٥٢] فردت ، فاختصما الى القاضي ، فقال الزوج : انها سكتت ٠

---

(١٤٦) الزيادة من س ٠
(١٤٧) ف : القدر ٠
(١٤٨) ب : حتى علمت (وهو تصحيف) ٠
(١٤٩) ص . قول الشفيع ٠
(١٥٠) ص : فسلمه ٠
(١٥١) ف ب : تزوجت ٠
(١٥٢) الزيادة من س ٠

وقالت هي : رددت ، فان ابهمت وقالت : رددت(١٥٣) حين علمت ، فالقول قولها . وان قالت : علمت يوم كذا . ورددت ، فالقول قول الزوج •

هذا اذا لم يصدق الشفيع المشتري •

اما اذا صدق ، فقال : نعم اشتراها منذ سنة ، وقال : قد طلبت(١٥٤) الشفعة ، وأشهدت على(١٥٥) شفعتي ، لكن لم يكن في البلد قاض(١٥٦) ، فهذا على وجهين :

اما ان عرف انه لم يكن في البلد قاض كما قال •

او عرف(١٥٧) انه كان في البلد قاض ، وليس الامر كما قال •

ففي الوجه الاول القاضي يعذره ؛ لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي ، وترك الخصومة عند عدم الامكان لا يكون مبطلا لحقه ، فينبغي للقاضي أن يسأل المشتري : في اي يوم اشتريت ، واي شهر من السنة ؟

فاذا سمى ذلك قال للشفيع : قد سمعت الوقت ، فهو على ما قال(١٥٨) •

---

(١٥٣) عبارة : (فان ابهمت وقالت رددت) ليست في ف ج ص ب •

(١٥٤) هـ : منذ سنة وقد طلب •

(١٥٥) هـ : على طلبى •

(١٥٦) هـ : قاض فان علم صدقه يعذره القاضى لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي •

(١٥٧) س : او لم يعرف ففى الوجه الاول •••

(١٥٨) ص : فهو على ما قال استفهام فان قال •••

فان قال : نعم قال له : متى علمت ؟

ان قال في ذلك اليوم ساعة اشترى كنت حاضرا للشراء ، فاشهدت على شفعتي ، وطلبت الشفعة ، فانه يكلف الشفيع ان يأتي بالبينة انه اشهد على شفعته وطلبها .

فان[١٥٩] جاء بهم فشهدوا على ما[١٦٠] ادعى سألهم القاضي : أين[١٦١] اشهدكم على هذا ؟

لانه ان كان أشهدهم على شفعته في بيته ، أو في موضع آخر ، ولم يأت المشتري ولا البائع ولا الدار بطلت [٢٣٥أ] الشفعة ، الا أن يكون غائبا عنهم فيشهد على شفعته ، حيث هو[١٦٢] ، ثم يتوجه فيطلب ، أو يوكل من يطلب[١٦٣] له ذلك .

وفي الوجه الثاني : القاضي هل يعذره في ذلك أو يبطل شفعته ؟

بين اصحابنا اختلاف سيأتي بعد هذا .

هذا[١٦٤] اذا كان اشهاد الشفيع في وقت الشراء .

---

(١٥٩) ص : فاذا .

(١٦٠) ف : على من ادعى .

(١٦١) ص : اني .

(١٦٢) ص : حينئذ هو .

(١٦٣) هـ : من يطلب له وان علم كذبه بين اصحابنا رحمهم الله اختلاف سيأتي .

(١٦٤) قوله : (هذا) ليس في ف ج س ص .

وان كان بين[١٦٥] الوقت الذي أشهد فيه الشفيع على شفعته وبين وقت الشراء وقت[١٦٦] من الاوقات ، فعليه اليمين أنه لم يعلم بالشراء قبل هذا الوقت الذي أشهد فيه على شفعته ·

فان حلف ثبتت شفعته[١٦٧] ·

فان اتفقنا على الثمن[١٦٨] دفعه ، وقضى له القاضي بالدار ·

فان اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه ·

لان الشفيع يدعي عليه استحقاق الشفعة بالاقل ، وخصمه ينكـر ·

فان أقاما البينة على ما ادعيا ، قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله : البينة بينة الشفيع ·

وقال ابو يوسف رحمه الله : البينة بينة المشتري ·

وصاحب الكتاب ذكر [قول][١٦٩] محمد مع ابي يوسف ، وقول محمد مع ابي حنيفة في هذه المسألة منصوص عليه في كتاب الشفعة ·

اما قوله مع ابي يوسف ففي مسائل اخر منها :

اذا هدم المشتري البناء فاراد الشفيع أن يأخـذ العرصة بحصتها من الثمن ، والمشتري مع الشفيع[١٧٠] اختلفا في مقدار

---

(١٦٥) ف ج : عين الوقت ··· وقتا من الاوقات · ب : يعين ···

(١٦٦) ف ج ك س ص ب : وقتا ·

(١٦٧) قوله : (فان حلف ثبتت شفعته) ليس في ف ج م ·

(١٦٨) ص : على اليمين ·

(١٦٩) الزيادة من هـ ص ·

(١٧٠) ل : (والمشتري اختلف مع الشفيع) وقد سقطت هـــذه العبارة من هـ ·

الثمن ، وأقاما البينة ، فعند ابي حنيفة رحمه الله : البينة بينة الشفيع ، وعندهما : البينة بينة المشتري[١٧١] .

واما في هذه المسألة[١٧٢] فقوله محمد مع ابي حنيفة ، فكان هذا وهما وقع من صاحب الكتاب ، أو كان عـن[١٧٣] محمد روايتان .

وحق المسألة كتاب الشفعة .

[١٠٤٦] قال :

وان قال الشفيع[١٧٤] للقاضي : ان المشتري يقول انه اشتراها منذ سنة ، ولم[١٧٥] اعلم بها الا منذ خمسة ايام ، وذلك الوقت[١٧٦] لم يمكنني فيه التقدم الى القاضي ، فالقاضي يكلفه[١٧٧] ان يقيم البينة على الشهادة [٢٣٥ب] على شفعته ، وأنه قد طلبها[١٧٨] على ذلك لما قلنا .

فاذا ثبت ذلك حلفه القاضي : بالله ما علمت[١٧٩] بشراء فلان هذه الدار قبل هذا الوقت الذي أشهدت فيه هؤلاء الشهود

---

(١٧١) هـ : المشترى فكان هذا وهما .
(١٧٢) ك : المسائل .
(١٧٣) ف : عند محمد .
(١٧٤) ف : وان قال المشتري للقاضي .
(١٧٥) ف ج ص ب : ولا اعلم بها .
(١٧٦) قوله : (وذلك الوقت) ليس في هـ .
(١٧٧) هـ : فانه يكلفه .
(١٧٨) هـ : وانه قد طلبها لما قلنا .
(١٧٩) ف هـ ب : ما علم . ل : ما أعلم .

على شفعتك فيها ، وعلى طلبك اياها[١٨٠] ٠

فبعد ذلك المسألة على وجهين :

اما أن نكل عن اليمين ٠

او حلف ٠

ففى الوجه الاول : لا حق له فيها ٠

وفي الوجه الثاني : المسألة على وجهين :ـ

اما ان لم يمكنه التقدم الى القاضي منذ أشهد ، وعلم ، الى يومه ٠

أو أمكنه لكن فرط في الطلب ٠

ففى الوجه الاول : له الشفعة ٠

وفي الوجه الثاني : كذلك في قول ابي حنيفة ٠

وقال محمد : اذا أشهد على طلبه ثم لم يخاصم عند القاضي مع الامكان حتى مضى شهر بطلت شفعته ٠

وعن ابي يوسف روايتان :

في رواية : قـال : ان[١٨١] لم يخاصم الى المجلس الثاني بطلت شفعته ٠

---

(١٨٠) هـ : طلبك اياها فان نكل فلا حق له فيها وان حلف ان علم انه لا يمكنه التقدم الى القاضي منذ علم واشهد الى يومه فله الشفعة ، وان علم انه امكنه ، وفرط في الطلب فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله ، وقال محمد رحمه الله اذا اشهد على طلبه ثم لم يخاصم ٠٠٠

(١٨١) هـ . اذا ٠ ب : الا ان لم يخاصم ٠

وفي رواية : ثلاثة أيام ٠

وحق المسألة كتاب الشفعة ٠

[١٠٤٧] قال :

وان قال الشفيع : قد كنت اشهدت على شفعتي ، وعلى طلبها منذ علمت بشرائه منذ خمسة ايام فمات شهودي ، أو غابوا ، أو قال : لم أجد قوما اشهدهم على شفعتي ، الا أني جئت[١٨٢] الى المشتري وطلبتها منه ، وسألته ان يدفعها الي فلم يدفع ، فاعلمته أني على شفعتي ، وأنكر المشتري ذلك ، فطلب[١٨٣] الشفيع من القاضي أن يستحلفه على ذلك ، فالقاضى يستحلفه ٠

ثم كيف يستحلفه[١٨٤] ؟

ذكر في الكتاب : انه يستحلفه[١٨٥] في الوجه الاول : بالله[١٨٦] ما يعلم انه اشهد على شفعته بهذه الدار التى اشتريت ، في الوقت الذي ذكر في يوم كذا ٠

لانه يستحلف على أمر قد جرى بين المشتري وبين غيره ، فيستحلف على العلم ٠

---

(١٨٢) س : الا أني وجهت ٠٠

(١٨٣) هـ : فطلب ان يستحلفه ٠

(١٨٤) ك : يسنحلف ٠ هـ يحلفه ٠

(١٨٥) ك : يستحلف ٠

(١٨٦) س . بالله العظيم ٠

وفي الوجه الثاني : يستحلف البتة[١٨٧] : بالله ما طلب[١٨٨] لهذه الدار التى اشتريت شفعة[١٨٩] فيها في يوم كذا ، ولا سألك [٢٣٦أ] دفعها اليه بشفعته ٠

لانه يستحلف على أمر جرى بين المشتري وبينه ، وللقاضي فيه خيار[١٩٠] على ما نبين [١٩١] ٠

فبعد هذه المسألة على وجهين :

اما ان حلف ٠

او نكل ٠

فان حلف لم يثبت الطلب[١٩٢] ، ولا تثبت الشفعة الا أن يقيم البينة[١٩٣] على الشهادة[١٩٤] على الشفعة في ذلك الوقت ٠

وان نكل ثبت الطلب في الوقت الذي يدعيه[١٩٥] المشتري ، فان كان المشتري اشترى قبل ذلك الوقت حلف الشفيع[١٩٦] : بالله ا علم بشرائه قبل هذا الوقت الذي أشهد فيه وطلب ٠

---

(١٨٧) ص : البتات ٠

(١٨٨) ل : طلبت ٠

(١٨٩) ص : شفعته ٠

(١٩٠) ل : الخيار ٠

(١٩١) هـ : على ما بين فان حلف لم يثبت الطلب ٠

(١٨٢) ف ب : ان حلف لم يقبل الطالب ٠

(١٩٣) هـ . البينة على ما ادعى وان نكل ثبت الطلب ٠

(١٩٤) ص : على اشهاده ٠

(١٩٥) س : ادعاه ٠

(١٩٦) ك ل س : للشفيع وما اثبتناه عن ب هـ ف ص ج م ٠

ثم القاضي في تحليف المشتري بالخيار : ان شاء طول كما قلنا ، وان شاء أوجز ، وحلفه : بالله ما له[197] قبلك شفعة هذه الدار ٠

فالرأي للقاضي ٠

[خيار الثمن في الشفعة]

[١٠٤٨] قال :

واذا ثبتت الشفعة للشفيع ، ولم يكن علم بالثمن ، ثم علم بعد ذلك ، فهو بالخيار ، ان شاء اخذ الدار بذلك ، وان شاء ترك ٠

لان رضاه بالاخذ انما يتم اذا علم بالثمن ؛ لان الانسان قد يرغب في الاخذ[198] اذا كان الثمن قليلا ، ولا يرغب اذا كان كثيرا ٠

وان[199] شاء أخذ الدار بالشفعة ، قال[200] له القاضي ادفع الثمن وخذ الدار ٠

لان الشفيع مع المشتري بمنزلة المشتري مع البائع ، والمشتري ما لم يدفع الثمن الى البائع لا يأخذ الدار المبيعة ، كذا ههنا[201] ٠

---

(١٩٧) ل س هـ : ما لهذا قبلك ٠٠

(١٩٨) هـ : في الاخذ بالثمن القليل ولا يرغب بالثمن الكثير ٠

(١٩٩) هـ : واذا أراد الاخذ قال له القاضي ٠

(٢٠٠) س : فيقول له القاضي ٠

(٢٠١) قوله : (والمشتري ما لم يدفع الثمن الى البائع لا يأخذ الدار المبيعة كذا ههنا) هذا الكلام سقط من نسخة هـ ٠

[١٠٤٩] قال :

فان قال : حتى أحتال للثمن ، واضطرب ، لم يكن له ذلك ٠ لما قلنا ٠

وان قال[٢٠٢] : ان الثمن في المنزل ، اذهب فأجيء به ، أو عند الصيرفي ، فله ذلك ٠

لان الانسان لا يمكنه أن يحضر الثمن مع نفسه في مجلس الخصومة ، فانه لا يدري أيقضى القاضي له بالشفعة ام لا ، فلا يمكنه ان يحضر الثمن مع نفسه[٢٠٣] ، فيكون هذا القدر عذرا ٠

[١٠٥٠] قال :

وليس يؤخر[٢٠٤] الشفيع الا مقدار هذا الذي ذكرنا ونحوه ، ويقول [للمشتري][٢٠٥] : أشهد عليك أنك ان لم تجيء بالثمن الى الوقت الذي أخرتك بطلت شفعتك ٠

فان لم يجيء [٢٣٦ب] بطلت[٢٠٦] شفعته ٠

فرق بين هذا وبين المشتري مع البائع[٢٠٧] ، فان للبائع حق لحبس الى أن يستوفي الثمن ، فلو أن المشتري اضطرب[٢٠٨] وماطل في ايفاء الثمن فان الشراء لا يبطل ٠

---

(٢٠٢) ف : وان قلنا ٠

(٢٠٣) من قوله : (في مجلس الخصومة فانه لا يدري ٠٠٠ الى هنا) سقط من ف ج ٠

(٢٠٤) ف ك : يؤجر (بالجيم) ٠ ل : ولا يؤخر ٠

(٢٠٥) الزيادة من ف ٠ وفي س هـ ل : ويقول له اشهد عليك ٠

(٢٠٦) ف ل : تبطل ٠

(٢٠٧) هـ : مع البائع فان المشتري اذا ماطل لا يبطل الشراء والفرق أن البائع ٠٠٠

(٢٠٨) س : فلو أن المشتري لم يضطرب وماطل ٠٠٠

والفرق أن البائع هو الـذي أضـر بنفسـه ، حيث أوجب البيع[(٢٠٩)] له ، وههنا المشتري ما[(٢١٠)] أوجب البيـــع[(٢١١)] للشفيع ، وانما ثبت[(٢١٢)] له الحق دفعا للضرر عنه ، فيثبت على وجه لا يضر بغيره ٠

ولو قلنا بأنه لا يبطل حقه في الشفعة ، فهذا[(٢١٣)] يؤدي الى الاضرار بالمشتري ٠

[الخصم في دعوى الشفعة]

[١٠٥١] قال :

وان أحضر الشفيع البائع والدار في يده لم يدفعها الى المشتري، والمشتري غائب[(٢١٤)] ، لم يكن بينه وبين البائع خصومة ٠

لان الملك للمشتري ، والمشتري غائب[(٢١٥)] ، ولا يجـوز استحقاق الملك على انسان الا بمحضر[(٢١٦)] منه ٠

[١٠٥٢] قال :

---

(٢٠٩) ب ج ف : أوجب الدفع له ٠

(٢١٠) س : وههنا المشتري قال أوجب ٠

(٢١١) ف ل ب : اوجب الدفع للشفيع ٠ ص : ما اوجب للشفيع وانما ٠

(٢١٢) ص : ثبت الحق دفعا ٠

(٢١٣) ب : بهذا ٠

(٢١٤) هـ : والمشتري غائب فلا خصومة بينهما ٠

(٢١٥) قوله : (والمشتري غائب) ليس في هـ ٠

(٢١٦) هـ : الا بخصومة ٠

وكذلك ان أحضر[٢١٧] المشتري والدار في يد البائع ، وهو غائب[٢١٨] ، فلا خصومة بينهما ٠

لان الشفيع كما يستحق الملك[٢١٩] يستحق اليد ، والملك ان كان للمشتري ، فاليد للبائع ، وكما لا يجوز استحقاق الملك على انسان الا بمحضر منه ، لا يجوز استحقاق اليد على انسان الا بمحضر منه ، فلا يملك الاخذ الا بمحضر منهما جميعا[٢٢٠] ٠

[١٠٥٣] قال :

وان كان المشتري قد قبض الدار فهو خصم ٠

لان اليد[٢٢١] والملك له ٠

[١٠٥٤] [قال](٢٢٢) :

وان اشترى رجل دارا لرجل بأمره فهو الخصم للشفيع في شفعتها ما دامت في يده ٠

لان حق الشفعة عند العقد ، والعاقد هو ، ألا ترى ان العهدة عليه وله[٢٢٣] ٠

---

(٢١٧) ف ك : حضر ٠

(٢١٨) هـ : غائب لانه كما لا يجوز استحقاق الملك على الغائب لا يجوز استحقاق اليد فلا يملك الا بحضرتهما ، وان اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع ما دامت في يده ، لانه العاقد الا ترى ان العهدة عليه وله ٠

(٢١٩) قوله : (الملك يستحق) ليس في ص ٠

(٢٢٠) قوله : (جميعا) ليس في ف ٠

(٢٢١) س ك ص : لان الملك واليد له ٠

(٢٢٢) الزيادة من س ل ص ب ٠

(٢٢٣) س : وله اذا وجد به عيبا ٠ هـ : عليه وله الرد بالعيب بغير رضى المشترى واذا سلمها الى الآمر ٠٠٠

واذا وجد به عيبا رده[٢٢٤] بالعيب ، ولا يسترضي المشتري ، فاذا سلمها الى الآمر ، فالخصم فيها هو الآمر ٠

لانه لما سلمها الى الآمر صارت اليد للآمر ، فصار الخصم هو الآمر ، ألا ترى أنه لو وجد بها عيبا ، كان[٢٢٥] حق الخصومة للآمر كذا هذا ٠

[مكان طلب الشفعة]

[١٠٥٥] قال :

واذا اشترى الرجل من الرجل دارا ، وهما بالسواد [٢٣٧أ] والدار بالكوفة ، فطلب الشفيع الشفعة بالسواد[٢٢٦] ، فهذه المسألة على وجهين :

اما[٢٢٧] ان لم يقبض المشتري الدار من البائع أو قبض ٠

ففي الوجه الاول للشفيع أن يطلب الشفعة عند البائع ، أو عند[٢٢٨] المشتري ، أو عند الدار ، أي ذلك[٢٢٩] أقرب اليه يطلب[٢٣٠] عنده ، ويشهد عليه ٠

فان ترك الاقرب وذهب الى الابعد ، فهذا على ثلاثة أوجه ٠

---

(٢٢٤) ل : يرده ٠

(٢٢٥) ب : كان الخصومة للآمر ٠

(٢٢٦) هـ . بالسواد ان لم يقبضها المشتري فله ان يطلب عند البائع او عند المشتري ٠٠٠

(٢٢٧) ف : اذا لم يقبض ٠ س : اما لم يقبض ٠

(٢٢٨) س : او عند المرتهن (وهو تصحيف) ٠

(٢٢٩) س : اي ذلك كان اقرب اليه ٠

(٢٣٠) ل : فانه يطلب ٠

اما ان كان الابعد في المصر وهو[٢٣١] خارج المصر •

او الابعد خارج المصر وهو[٢٣٢] في المصر •

او كانوا[٢٣٣] في المصر •

ففي [الوجه] الاول [لم تبطل][٢٣٤] •

و [في] الثاني [قال] بطلت شفعته •

وفي الوجه الثالث فيه قياس واستحسان :

القياس : تبطل شفعته •

وفي الاستحسان : لا تبطل •

لان جوانب المصر كجانب واحد ؛ ألا ترى أن بيان مكان الايفاء شرط لجواز السلم ، واذا ذكر المصر ولم يذكر الموضع الذي يوجد فيه فعل التسليم يكفى[٢٣٥] كذلك ههنا ، الا أن يختار على الاقرب ويذهب الى الابعد الآن فتبطل[٢٣٦] ؛ لانه حين وصل الى الاقرب قدر على الطلب[٢٣٧] ، فاذا لم يطلب فقد ترك الطلب •

---

(٢٣١) ب ص ل س ف : وهم خارج المصر •

(٢٣٢) ب ص : وهم في المصر وقد سقطت هذه العبارة من ف ج •

(٢٣٣) هـ : وان كانوا في المصر ففى القياس كذلك وفي الاستحسان لا تبطـــل •

(٢٣٤) س ك ل : ففى الاول والثاني بطلت شفعته • ص : ففى الوجه الاول والثانى بطلت شفعته • ب : ففى الوجه الاول قال اني طلبت شفعته وفي الوجه الثالث فيه قياس واستحسان (بسقوط الوجه الثاني) •

(٢٣٥) قوله (يكفى) ليس في ص •

(٢٣٦) ك ف : الآن تبطل وقد سقطت هذه العبارة من هـ •

(٢٣٧) هـ : على الطلب فيبطل اذا تركه •

وأما في الوجه الثاني ، وهو ما اذا قبض المشتري[٢٣٨] فانما يطلب[٢٣٩] الشفعة عند المشتري او عند الـــدار ، أيهما كان أقرب[٢٤٠] ، يطلب عنده • واذا ترك الاقرب ، فهو على ما قلنا ، ولا يطلب عند البائع ، ولو طلب بطلت[٢٤١] شفعته •

[تسليم الشفعة]

[١٠٥٦] قال :

وان سلم الشفيع الشفعة قبل[٢٤٢] أن يجب البيع ، فليس هذا بتسليم •

لانه أسقط قبل الوجوب ، وقبل وجود[٢٤٣] سبب الوجوب •

لان الجوار[٢٤٤] انما يعتبر[٢٤٥] سببا عند البيع •

وان سلم بعد ما اوجب البيع وهو لا يعلم بالشراء فهـو تسليم •

لان هذا اسقاط الحق فلا يشترط للصحة[٢٤٦] العلم كسا الاسقاطات •

---

(٢٣٨) ل : قبض المشتري المبيع •

(٢٣٩) ف : انما بطلت • هـ ل : انما تبطل وما اثبتناه عن صرلس ب •

(٢٤٠) هـ : كان أقرب ولو ذهب الى الابعد بطلت ، ولو طلب عنـد البائع بطلت •

(٢٤١) ب : يطلب شفعة •

(٢٤٢) هـ : قبل البيع فذلك ليس بتسليم •

(٢٤٣) هـ ف : وقبل وجوب سبب الوجوب •

(٢٤٤) صرفب : الجواز (بالزاي) • هـ : الجواب • وكلاهما تصحيف •

(٢٤٥) هـ س : انما يصير •

(٢٤٦) ك ب : لصحة العلم • صرلس : لصحته العلم •

[١٠٥٧] قال :

وان قال[٢٤٧] للبائع : قد سلمت لك شفعة هذه الدار التى بعت[٢٤٨] أو [٢٣٧ب] قال [للمشتري][٢٤٩] قد سلمت لك الشفعة في هذه الدار ، وقد كان المشتري اشتراها لغيره ، أو قال : سلمت شفعتها لمن اشتراها[٢٥٠] له ، فهذا كله تسليم للشفعة ، ولا شفعة له[٢٥١] .

لان هذا الكلام[٢٥٢] للتعليل ، يعني أسقطت حقي في الشفعة لاحترامك ، أو لحقك ، واسقاط[٢٥٣] حقه في الشفعة[صحيح][٢٥٤] سواء بيّن الداعي الى الاسقاط او لم يبين[٢٥٥] .

فرق بين هذه المسائل[٢٥٦] وبين ما اذا قال لاجنبي[٢٥٧] : سلمت [لك][٢٥٨] شفعة هذه الدار ، فانه لا يصح التسليم .

---

(٢٤٧) س : وان قال البائع ف ج م : وان قال للمشتري قد سلمت لك شفعة هذه الدار التى اشتريت .

(٢٤٨) ف ج م : التى اشتريت .

(٢٤٩) س : او قال المشتري ، وما اثبتناه عن ل ب وقد سقطت هذه الزيادة من ك ف ج .

(٢٥٠) س : لمن اشتريتها .

(٢٥١) قوله : (ولا شفعة له) ليس في هـ .

(٢٥٢) هـ : لان هذا اللام للتعليل .

(٢٥٣) ص : واسقط .

(٢٥٤) الزيادة من ب ل ص .

(٢٥٥) س : او لم يكن يبين .

(٢٥٦) ك : المسالة .

(٢٥٧) س : للاجنبي .

(٢٥٨) الزيادة من س ف ب ص .

والفرق أن الاجنبي بمعزل عن هذا العقد ، فلا يكون التسليم لاحترامه وحقه ، فلا تكون اللام للتعليل[٢٥٩] ، فتبقى الـلام للتمليك ، يعني : ملكت لك[٢٦٠] شفعة هذه الدار منك ، وحق الشفعة ليس بحق يحتمل التمليك ، ولا كذلك ما تقدم ·

ثم فرق بين هذا وبين ما اذا تقدم اليه الاجنبي ، وتشفع[٢٦١] اليه ، فقال الشفيع : سلمت شفعة هذه الدار اليك[٢٦٢] ، حيث يصح التسليم ·

لان هذه المقدمة دليل على انه اسقط الشفعة لاحترامه وحقه فكانت اللام للتعليل ·

[الفاظ تسليم الشفعة]

[١٠٥٨] ثم لتسليم الشفعة الفاظ ذكرها صاحب الكتاب : منها : سلمتها لك ، ومنها تركتها لك ، ومنها صفحت عنها لك ، فهذا كله الفاظ التسليم ·

[الصلح على المال في الشفعة]

[١٠٥٩] قال :

ولو أن رجلا اجنبيا صالح عن شفعته في هذه الدار على مال ، كان ذلك تسليما للشفعة ، ولم يكن له من المال شيء ·

---

(٢٥٩) هـ : فلا تكون اللام للتعليل بل للتمليك ، وحق الشفعة لا يحتمل التمليك ، بخلاف ما تقدم حتى لو تقدم اليه الاجنبي وشفع وقال : سلمت لك يصح ، لانه للتعليل ثم لتسليم الشفعة ألفاظ ·

(٢٦٠) ص : ملكت شفعة هذه الدار منك ·

(٢٦١) ص : وشفع ·

(٢٦٢) ص : لك حيث التسليم (بسقوط لفظة : يصح) ·

لان حق الشفعة ليس بحق متقوم[٢٦٣] فيصح[٢٦٤] الاعتياض عنه ، لكن لفظ الصلح استعمل[٢٦٥] في الاسقاط ، والاسقاط يصح ببدل وبغير بدل[٢٦٦] .

فرق بين الصلح مع الاجنبي ، وبين ما اذا قال للاجنبي : سلمتها لك ، حيث لا يكون تسليما .

والفرق : ان هذا اللفظ[٢٦٧] يستعمل للتمليك ، والمحل الذي اضيف اليه هذا اللفظ لا [٢٣٨أ] يحتمل التمليك مطلقا [فلغا][٢٦٨] اما لفظة الصلح فتستعمل[٢٦٩] للاسقاط ، والمحل[٢٧٠] الذي اضيف اليه اللفظ يحتمل الاسقاط .

[١٠٦٠] قال :

ولو أن الاجنبي قال له : اصالحك من شفعتك على هذا المال ، على أن تكون الشفعة لي ، لم يصح هذا الصلح ، ولم يكن[٢٧١] هذا ابطالا للشفعة .

---

(٢٦٣) ك : متقدم .

(٢٦٤) ب ل س ص : ليصح .

(٢٦٥) ك ل هـ ص : يستعمل .

(٢٦٦) ل : وغير بذل (بالذال) . ص : او غير بدل .

(٢٦٧) س : لفظ .

(٢٦٨) الزيادة من س .

(٢٦٩) هـ : مستعمل . ل : فانه يستعمل .

(٢٧٠) هـ : والمحل الذي اضيف اليه محل له . ومن قوله : (للتمليك والمحل الذي اضيف اليه ... الى هنا) ليس في ف ج م .

(٢٧١) هـ : ولا يكون ابطالا بخلاف ما اذا [لم] يقل ان الشفعة لي والفـــرق ...

فرق بين هذا وبين ما اذا صالح ولم يقـــل على أن تكون الشفعة لي ٠

والفرق ان ههنا لما نص على قوله : ان الشفعة لي(٢٧٢) تبين أن قصدهما من لفظ الصلح ليس هـــو الاسقاط(٢٧٣) بل هو التمليك(٢٧٤) والتملك ٠ وحق الشفعة لا يحتمل التمليك والتملك، فيلغو الصلح ، ولا يصح الابطال ، كما لو قال للاجنبي ابتداء : قد سلمتها [لك](٢٧٥) ، ولا كذلك ما تقدم ٠

[الشفعة بين البائع والمشتري]

[وضمان الدرك في الشفعة]

[١٠٦١] ثم ما بعد هذا من المسائل ينبني(٢٧٦) على حرفين :

احدهما : ان من باع او بيع له فلا شفعة له ، ومن اشترى أو اشترى له فله الشفعة ٠

لان(٢٧٧) البائع بايجابه البيع رغب عن هذه الدار فكان ذلك ابطالا لحقه في الاخذ ٠

فاما المشتري فبالشراء رغب في اخذها ، فلا يكون ابطالا لحقـه ٠

---

(٢٧٢) هـ : على ان الشفعة له تبين ٠

(٢٧٣) هـ : ليس هو الاسقاط بل هو التمليك وحق الشفعة لا يحتمله فيلغو الصلح فلا يصح الابطال كما لو قال لاجنبي ابتداء قد سلمتها لك كما ذكرنا ثم بعد هذا من المسائل تبنى على حرفين ٠

(٢٧٤) س : للتمليك ٠

(٢٧٥) الزيادة من ص ب ٠

(٢٧٦) ف ج س ص : مبني ٠

(٢٧٧) ص . بان البائع ٠

والثاني : ان اشتراط[٢٧٨] ضمان الدرك لا يجوز ، الا أن يكون الكفيل معينا حاضرا في المجلس فيقبل[٢٧٩] ، فحينئذ يجوز[٢٨٠] .

اذا ثبت هذان الحرفان فنقول :

لو أن المشتري اشترى دارا على أن يضمن[٢٨١] له الشفيع عن البائع الدرك في هذه الدار ، وعلى أن يضمن للبائع[٢٨٢] عن المشتري الثمن وهو حاضر ، فقبل ، فهذا تسليم منه للشفعة .

لان البيع[٢٨٣] انما يتم بضمان الشفيع ، فصار كما لو تم بايجابه ، ولو تم بايجابه[٢٨٤] بان كان وكيلا[٢٨٥] بالبيع لم يكن له الشفعة ، فكذا اذا تم بضمانه[٢٨٦] .

[١٠٦٢] قال

وكذلك لو أن البائع باع الدار على أن الشفيع[٢٨٧] بالخيار

---

(٢٧٨) ب : اشترط .
(٢٧٩) ص ل : فيقبل ذلك .
(٢٨٠) قوله : (فحينئذ يجوز) ليس في هـ وفي ص : فيقبل ذلك حينئذ .
(٢٨١) ك ل : ضمن .
(٢٨٢) ف ك هـ : البائع .
(٢٨٣) ص : لان هذا البيع .
(٢٨٤) قوله : (ولو تم بايجابه) ليس في ص .
(٢٨٥) هـ . وكيلا وكذا الرباع على ان الوكيل بالخيار ثلاثة ايام .
(٢٨٦) س . ضمانه .
(٢٨٧) هـ : على ان الوكيل بالخيار ثلاثة ايام فاجاز قبل مضى المدة ، لان البيع انما تم باسقاطه الخيار ، ولو اشترى على ان للشفيع فيها خيار ثلاثة ايام ...

فيها ثلاثة أيام ، فامضى البيع الشفيع[٢٨٨] باجازته[٢٨٩] قبل مضي [٢٣٨ب] الثلاثة ، لم تكن له شفعة ٠

لان البيع انما تم[٢٩٠] باسقاطه الخيار ، فصار كما لو تم بايجابه البيع بان كان وكيلا بالبيع[٢٩١] ٠

[١٠٦٣] قال :

ولو كان[٢٩٢] المشتري اشتراها على أن الشفيع فيها بالخيار ثلاثة ايام ، فاسقط الشفيع الخيار قبل مضى ثلاثة ايام كان له الشفعة ٠

لان الشراء تم باسقاط الخيار ، فصار كما لو تم بقبوله بان كان وكيلا بالشراء ٠

[١٠٦٤] قال[٢٩٣] :

ولو أن رجلا باع دارا لرجل بأمره وهو شفيعها ، لم يكن له أن يأخذها بالشفعة ٠

لانه بائع ، وكل من باع أو بيع له فلا شفعة له ٠

ولو أمره بأن يشتري له دارا وهو شفيعها فاشتراها للآمر فله شفعتها ٠

---

(٢٨٨) ف ج م : للشفيع ٠ س : فامضى الشفيع البيع ٠

(٢٨٩) ك ص : باجازة ٠ س : واجارة ٠

(٢٩٠) ك : يتم ٠

(٢٩١) من قوله : قبل مضى الثلاثة ٠٠٠ الى هنا ليس في ص٠

(٢٩٢) هـ : ولو اشترى على ان للشفيع فيها خيار ثلاثة ايام ، فاسقط الخيار قبل المدة كان له الشفعة ، لان البيع تم باسقاط الخيار فصار كما لو تم بقبوله ٠٠

(٢٩٣) هذه المسألة باجمعها سقطت من نسخة هـ ٠

لانه هو المشتري ، وكل من اشترى او اشتري له فله الشفعة ٠

[١٠٦٥] قال :

وان[٢٩٤] باع الرجل دارا على أنه بالخيار [ثلاثة ايام ، فلا شفعة للشفيع فيها ٠.

لان وجوب الشفعة يعتمد زوال[٢٩٥] ملك البائع ، والخيار في [[٢٩٦] جانب البائع يمنع زوال ملكه ، وانما يأخذ بالشفعة عند اسقاط الخيار واجازة البيع ، لكن يشترط[٢٩٧] الطلب والاشهاد عند البيع[٢٩٨] ، اذا علم بذلك حتى لو لم يطلب[٢٩٩] ولم يشهد عند البيع ثم اجاز البيع ، وطلب الشفيع الشفعة ، واشهد على ذلك عند الاجازة فلا شفعة له في ظاهر الرواية ٠

وقال بعض العلماء : انما يشترط الطلب والاشهاد عند جواز البيع ، وهو[٣٠٠] رواية عن ابي يوسف رحمه الله[٣٠١] ٠

---

(٢٩٤) هـ : ولو باع دارا على انه بالخيار ثلاثة ايام فلا شفعة فيها لان ثبوتها زوال ملك البائع ، وخياره يمنع زوال ملكه . فانما يأخذها عند اسقاط الخيـــار ٠.

(٢٩٥) ص . يعتمد على زوال ٠

(٢٩٦) ما بين القوسين سقط من متن الاصل ك واثباته عن حاشيته وعن النسخ الاخرى ٠

(٢٩٧) ل ب : يشرط ٠

(٢٩٨) هـ : عند البيع وطلب عند الاجازة لا شفعة له في ظاهر الرواية (بسقوط بعض الالفاظ من الجملة) ٠

(٢٩٩) ف ج م : حتى لو طلب ٠

(٣٠٠) ب ف ج : وهذا رواية ٠

(٣٠١) هـ : عن ابي يوسف رحمه الله لان الطلب انما يشترط ٠

وجه تلك الرواية : أن الطلب انما يشترط عند[٣٠٢] امكان الاخذ ، وهو غير ممكن[٣٠٣] من الاخذ عند البيع ، فلا يشترط الطلب وقت البيع ٠

وجه ظاهر الرواية وهو أن حق الشفعة انما يثبت عند البيع[٣٠٤] ، وقد انعقد البيع ، فيشترط الطلب عنده وان لم يكن ممكنا[٣٠٥] من الاخذ ، كالجار مع الشريك ، فان الجار غير ممكن[٣٠٦] من الاخذ مع الشريك[٣٠٧] ، ومع ذلك يشترط الطلب من الجار ، حتى اذا لم يطلب[٣٠٨] ، وسلم الشريك الشفعة لا يثبت[٣٠٩] للجار الاخذ [٢٣٩أ] بالشفعة ٠

فرق بين هذه المسألة وبين ما اذا باع دار غيره بغير أمره حتى توقف على اجازة المالك ، فاراد الشفيع أن يطلب الشفعة ، فانما يطلب عند الاجازة[٣١٠] من المالك ٠

---

(٣٠٢) ف : عند طلب امكان الاخذ ٠

(٣٠٣) هـ : غير منمكن منه وجه ظاهر الرواية (بسقوط بعض أجزاء الكـلام) ٠

(٣٠٤) الى هنا انتهت الاوراق التى نسخت بقلم حديث وبورق جديد سدا للخلل الذي أصاب نسخة هـ في الاوراق من ١٢٠أ الى نهاية ١٢٩ب وعبارة (وجه ظاهر الرواية وهو ان حق الشفعة انما يثبت عند البيع) سقطت من ف ج م ٠

(٣٠٥) س : متمكنا ٠

(٣٠٦) س : غير متمكن ٠

(٣٠٧) عبارة : (فان الجار غير ممكن من الاخذ مع الشريك) ليست في ف ج م ٠

(٣٠٨) ص : حتى يطلب الشريك وسلم الشفعة ٠

(٣٠٩) س : لا يملك الجار الاخذ ٠ ل : فانه لا يثبت ٠

(٣١٠) س : عند اجازة المالك ٠ هـ : عنده الاجازة ٠

والفرق : أن البيع بشرط الخيار عقد تام ، الا ترى أنه يعمل[٣١١] من غير اجازة احد ، فاذا تم العقد جاء أوان ثبوت الحق ، فيشترط[٣١٢] الطلب ، فاما بيع الفضولي فليس بعقد تام ، ألا ترى أنه لا يعمل من غير اجازة فلم يوجد اوان ثبوت الحق ، فلا يشترط الطلب ٠

[١٠٦٦] واذا اشترى الرجل دارا على أنه بالخيار[٣١٣] فانه تجب للشفيع الشفعة ٠

لان خيار المشتري لا يمنع زوال ملك البائع ٠

[١٠٦٧] قال :

واذا اشترى الرجل دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها ٠

لان البائع مجبر على نقض[٣١٤] هذا البيع ، وذلك ينافي ثبوت حق الشفعة ؛ لان ذلك يوجب التقرير[٣١٥] ٠

[١٠٦٨] قال[٣١٦] :

واذا[٣١٧] اخذ الشفيع الدار من البائع فعهدته عليه ، وان[٣١٨] اخذها من المشتري فعهدته على المشتري ٠

---

(٣١١) ف : أنه يكمل من غير اجازة الآخر ٠
(٣١٢) ل : فشرط ٠
(٣١٣) ص : بالخيار فيه فانه ٠
(٣١٤) س : على قبض (وهو تصحيف) ٠
(٣١٥) ل ب : التقرر ٠
(٣١٦) قوله : (قال) ليس في ص هـ ٠
(٣١٧) هـ : فاذا ٠
(٣١٨) ل : وان كان اخذها ٠

وحق المسألة كتب الشفعة •

[خيار الرؤية وخيار العيب في الشفعة]

[١٠٦٩] قال :

وللشفيع في الدار خيار الرؤية مثل خيار المشتري له ، وله أن يردهــا بالعيب ان كــان فيها ذلــك كما يكون للمشــتري [خيار][٣١٩] •

لان الشفيع من المشتري ينــزل منزلة المشتري من البائع ، فكما[٣٢٠] يثبت للمشتري خيار الرؤية وخيار العيب فكذلك يثبت للشفيع[٣٢١] •

[١٠٧٠] قال :

وان كان المشتري اشتراها على أن[٣٢٢] البائع بريء مــن عيوبها اذا كان[٣٢٣] بها عيوب قد رآها المشتري فاشتراها وهو [عالم][٣٢٤] بها فان الشفيع لا يلزمه رضا المشتري ولا ابراؤه ، وله أن يردها بالعيب ان كان فيها •

لان خيار العيب كان ثابتا للمشتري وللشــفيع ، والمشتري اسقط حق نفسه[٣٢٥] ، فلا يسقط حق الشفيع باسقاط المشتري•

---

(٣١٩) الزيارة من س •

(٣٢٠) س : فكانت للمشتري (وهو تصحيف) •

(٣٢١) ب : فكذلك يثبت للمشتري (وهو سهو) •

(٣٢٢) س : على ابراء البائع من عيوبها •

(٣٢٣) س : او كان بها عيوب •

(٣٢٤) الزيادة من ف ج س • وفي ل : وهو لا يعلم بها •

(٣٢٥) ب ف ج : اسقط من نفسه •

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الاستحقاق في الشفعة

[١٠٧١] قال :

فان(٣٢٦) اخذ [٢٣٩ب الشفيع بشفعته ، فبنى بها بناء ، ثم استحقت . رجع بالثمن على من كان دفعه اليه ، ولم يرجع بقيمة البناء .

وفي هذ الفصل فرق بين الشفيع والمشتري : فان المشتري اذا بنى في الدار المبيعة ثم استحقت رجع(٣٢٧) على البائع بقيمة البناء .

والفرق : ان المشتري صار مغرورا ، فان البائع لما أوجب البيع له في الدار صار(٣٢٨) غاراً اياه ، والمغرور(٣٢٩) يرجع على الغار بما يلحقه(٣٣٠) من الضمان والخسران .

اما ههنا [فان](٣٣١) الشفيع ما صار مغرورا من جهة المشتري : لانه تملك الدار عليه على كره منه فلا يرجع بقيمة البناء عليه .

[الوكالة في الشفعة]

[١٠٧٢] قال :

---

(٣٢٦) ف ج ب : وان . ص : فان كان اخذ .
(٣٢٧) ص : رجع به على البائع .
(٣٢٨) ف : وصار .
(٣٢٩) ب . والمعذور (وهو تصحيف) .
(٣٣٠) س : بما يخلفه من النقصان والجواز .
(٣٣١) الزيادة من ل .

فان[٣٣٢] وكل الشفيع وكيلا في أخذ الشفعة له من المشتري ، فوكالته جائزة ٠

لان الاخذ بالشفعة يتضمن الشراء والخصومة ٠ والتوكيل بهما(٣٣٣) جائز ٠

فان قال المشتري بعد أن ثبتت الشفعة : أنا أريد يمين الشفيع ، أنه لم يسلم الشفعة ٠ قيل له سلم الدار الى الوكيل واتبع الموكل ، واستحلفه ، فكذا هذا في التوكيل[٣٣٤] بقبض الدين اذا ادعى المديون الابراء على الموكل ، فانه يؤمر بدفع الدين الى الوكيل ، ثم يتبع الموكل ويستحلفه على ذلك ٠

وقد مر هذا فيما تقدم ٠

وذكرنا تمامه في الجامع الصغير ٠

[١٠٧٣] قال :

وكذلك ان[٣٣٥] أراد استحلافه على أنه لم يفرط في طلب الشفعة ، وأنه لم يعلم قبل الوقت الذي أشهد فيه على شفعته . ووكل بطلبها على ما وصفت لك[٣٣٦] ٠

والله تعالى اعلم بالصواب ٠

***

---

(٣٣٢) ب : وان ٠

(٣٣٣) ف : فيهما ٠

(٣٣٤) س ك ل : في الوكيل ٠

(٣٣٥) ف هـ : اذا اراد ٠

(٣٣٦) ل : على ما وصفت لك فيما تقدم من هذا المعنى والله تعالى اعلم ٠



الباب السادس والسبعون

﴿ في الخصمين يحكمان بينهما حكماً ﴾

[جواز التحكيم]

[١٠٧٤] ذكر عن الشعبي أنه قال :

اذا رضي الخصمان بقول[١] رجل جاز عليهما ما قال[٢] ٠

---

(١) ص : يعبول (وهو تصحيف) ٠

(٢) حديث الشعبي « اذا رضى الخصمان بقول رجل جاز عليهما ما قال » رواه الخصاف في الباب السادس والثلاثين في المدعى عليه يعدل الشهود وقد مرت هنالك احالة الى ما يماثله من اقواله فانظر تعليقات الفقرة ٦٠٠ من الجزء الثالث ص٥٥ من هذا الكتاب ، واعاده هنا فانظر بشأنه وبشأن التحكيم : روضة القضاة للسمناني : ١/٧٩ ، تفسير القرطبي ٣/١٧٤٦ ، المغني : ٨/١٦٨ ، الشرح الكبير : ٨/١٧١ ، تفسير الطبرسي : ٣/٤٤ ، وابن العربي : ١/٤٢٥ ، وروح المعاني : ٥/٢٦ ، المحلى : ١٠/٨٧ وفي الكشاف : ١/٣٩٦ ، اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى (في آخر كتاب الام) : ٧/١٠٣ ، وبتحقيق ابي الوفا الافغاني (طبعة الوفاء ١٣٥٧) ص٤٤ ، أدب القاضي للماوردي : ٢/٣٧٩ـ٣٨٦ ، غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى : ٣/٤٣٥ ، وحول عقد التحكيم في الفقه الاسلامي انظر ما كتبه زميلنا الاستاذ قحطان عبدالرحمن الدوري بهذا العنوان في مجلة كلية الدراسات الاسلامية العدد الرابع ١٩٧٢ ص١٠٨ـ١٥٠ ، وما كتبه « المؤمن » عن التحكيم في الفقه والقانون ونشر مستقلا ١٩٧٧ ٠ وانظر المصنف : ٦/٥١٢ رقم ١١٨٨٤ وفي هامشه ان الطبري اخرج من طريق اسماعيل عن عامر الشعبي قال : ما قضى الحكمان فهو جائز وفي رواية اخرى عن حصين عن الشعبى انه كره ذلك (٥/٤٥) ٠

في الحديث دليل [على][3] جواز التحكيم ، وانه ورد موافقا لكتاب الله تعالى ؛ قال الله تعالى : [١٢٤٠أ] ٠

« وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ٠٠٠ » الآية[4] ٠

اراد به : أن يحكم الزوجان حكما لاختيار المقام او لاختيار الفرقة ، فلما جاز التحكيم في حق الزوجين دل[5] ذلت على جوار التحكيم في سائر الخصومات والدعاوى ٠

[١٠٧٥] وقد ذكر صاحب الكتاب آثارا عن اصحاب[6] رسول الله صلى الله عليه وسلم والتابعين ، منهم عمر بن الخطاب[7] ، وابي بن كعب ، وزيد بن ثابت ، وابو عبيدة[8] ، وعبدالله بن

---

(٣) الزيادة من س ل ص ٠

(٤) سورة النساء : آيه : ٣٤ ٠

(٥) ص : دل على (بسقوط لفظة : ذلك) ٠

(٦) س : عن الصحابة والتابعين ٠

(٧) قوله منهم عمر بن الخطاب وابي بن كعب وزيد بن ثابت ، قال الجصاص في شرح هذا الكتاب . « وقد روى عن جماعة من الصحابة منهم عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما خاصم ابي بن كعب في ارض حكما زيد بن ثابت فحكم بينهما ، وعن علي رضي الله عنه حين خاصم اليهودي في درع وجده في يده فادعى انه كان لرجل من الانصار يعني طلحة على ما قيل فخاصم الى شريح وكان ولي الامر وليا في زمانه ليحكم شريحا (كذا) بينهما شهد بذلك الحسن بن علي وقنبر مولى علي عليه السلام فلم يقبل شهادة مولاه وقيل في بعض الاخبار انه قال لعلي عليه السلام سمعتك تقول لا تجوز شهادة الابن للاب فقال علي عليه السلام فمثل الحسن [ترد شهادته] فلم يقض ٠٠٠ ومنهم عثمان بن عفان رضى الله عنه وطلحة بن الزبير كذا [والصواب طلحة بن عبيدالله] لما تحاكما في خيار الرؤية ، وهذا انما لم يرو عن النبى عليه السلام فيه شيء ٠٠٠ » (ادب القاضي للخصاف بتعليق الجصاص نسخة مكتبة ليدن الورقة ١٨٧ أ) ٠

(٨) س : وابو عبيدالله ٠

عتبة[٩] رضى الله عنهم . كلها[١٠] تدل على جواز التحكيم

[الخروج من التحكيم والفرق بينه وبين القضاء] :

[١٠٧٦] قال :

واذا حكم الرجلان بينهما حكما فلكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك ، ويخرج المحكم[١١] مما كانا[١٢] جعـــلا اليه من[١٣] امرهما ، ما لم يمض الحكم عليهما ٠

لان المحكم في حقهما بمنزلة القاضي المولى في حق السلطان ، والسلطان لو عزل القاضي المولى قبل الحكم صح ، فكذا هذا ٠

فان قيل : التحكيم انما ثبت[١٤] باتفاقهما ، فينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما ٠

---

(٩) عبدالله بن عتبة هو ابن اخي عبدالله بن مسعود فهو عبدالله بن ع ابن مسعود الهذلي الحجازي وهو والد عبيدالله بن عبدالله بن عتبة احد الفقه السبعة ٠ كنيته ابو عبدالله ويقال ابو عبيدالله وابو عبدالرحمن مدني ويقال كوفي ادرك زمن النبي صلى الله عليه وسلم وسمع ابن الخطاب روى عنه ابناء عبيدالله الذي مر ذكره الان وعون أحد الزهاد المشهورين وحميد بن عبدالرحمن ومحمد ابن سيرين والسبيعي وغيرهم قال ابن سعد : كان ثقة كبير الحديث والفتيا فقيها قال غيره توفى سنة اربع وتسعين انظر تهذيب الاسماء واللغـــات : ٠/١/٢٧٨ رقم ٣١٩ الاصابة : ٢/٣٣٢ رقم ٤٨١٣ وفيه انه توفى سنة اربع وسبعين وان عمر استعمله على السوق ، الاستيعاب : ٢/٣٥٨ اسد الغابة : ٣/٣٠٥ـ٣٠٦ رقم ٣٠٥٩ جمهرة انساب العرب لابن حزم : ١٩٧ ٠

(١٠) س : كل ذلك ٠

(١١) ف : الحكم ٠

(١٢) ب ف ج : كان ٠

(١٣) ف : من احدهما ٠

(١٤) ف ج ك : يثبت ٠

قيل له : يجوز أن لا يثبت العقد الا باتفاقهما ، ثم ينفرد احدهما بالابطال ؛ كما في المضاربة[١٥] ، والشركة ٠

وهذا ، لانه لم يرض احدهما بهذا التحكيم ، ولو لم يرض في الابتداء لا يصح التحكيم ، فاذا لم يرض بعد ذلك لا يبقى[١٦] التحكيم ، فاذا أمضى[١٧] الحكم عليهما ، فليس لواحد[١٨] منهما أن يرجع عن ذلك ؛ لان السلطان لو عزل القاضي المولى بعد ما قضى لا يبطل ذلك القضاء ، فكذا في حكم المحكم[١٩] في حقهما ، لكن ينبغي للقاضي اذا رفع[٢٠] اليه حكم هذا المحكم أن ينظر فيه :

فان[٢١] كان موافقا لرأيه وللحق عنده أمضاه ٠

وان كان مخالفا لرأيه وللحق عنده رده ٠

فرق بين هذا وبين ما اذا رفع إلى القاضي قضية[٢٢] قاض خر فانه لايرده ، وان كان مخالفا لرأيه ، اذا كان[٢٣] ذلك في فصل مجتهد فيه ٠

والفرق : ان الحاكم المحكم له ولاية على المحكمين ، وليس له ولاية على غيرهما ، والقاضي الذي رفع اليه [٢٤٠ب] حكمهما[٢٤]

---

(١٥) م ف ج ل : كما في العارية ٠
(١٦) ف : لا ينبغي ٠
(١٧) ص ف ك : مضى ٠
(١٨) س : فليس لكل واحد ٠
(١٩) ل : في حق التحكيم ٠
(٢٠) ص : رجم (وهو تصحيف) ٠
(٢١) ص : فاذا ٠
(٢٢) س ك : قصة ٠
(٢٣) ص : اذا كان في فصل ٠
(٢٤) ص : حكم غيرهما ٠

غيرهما ، فلا يكون حجة عليه ، فكان بمنزلة الصلح في حقه ، فكان له أن يرده ، اذا كان[٢٥] مخالفا لرأيه ويمضيه اذا كان موافقا [لرأيه][٢٦] •

فاما القاضي فله ولاية على الناس كافة ، فكان قضاؤه حجة في حق الكل ، فلا يكون لهذا القاضي أن يرده اذا[٢٧] كان صادف القضاء محله ، وهو[٢٨] الفصل المجتهد فيه •

[تحكيم من لا تجوز شهادته]

ولو حكما بينهما من[٢٩] لا تجوز شهادته : مثل المكاتب ، والعبد ، والاعمى ، والمحدود في قذف ، والذمي ، فحكم[٣٠] بينهما ، فان ذلك لا يجوز •

لان المحكم في حق المحكمين بمنزلة القاضي المولى ، وهؤلاء لا ينفذ قضاؤهم ، بل يتوقف اذا كان مولى من جهة السلطان ، فكذلك اذا كان محكما بينهما لا ينفذ ، بل يتوقف •

والجامع بينهما : ان القضاء ينبنى[٣١] على الولاية ، وهؤلاء ليس لهم ولاية الشهادة ، فأولى أن لا تكون لهم ولاية القضاة •

---

(٢٥) ب ص : اذا كان ذلك مخالفا •

(٢٦) الزيادة من هـ س ل ص ب •

(٢٧) هـ : اذا صادف في القضاء محله •

(٢٨) س : وهذا فصل مجتهد فيه •

(٢٩) س : من لم تجز •

(٣٠) س : فحكما •

(٣١) ف : يبتنى •

[تحكيم حكمين وامتناع أحدهما عن الحكم]

[١٠٧٨] قال :

ولو حكما[٣٢] رجلين ، فحكم احدهما ، ولم يحكم الآخر ، لم يجز ذلك حتى يحكما جميعا •

لان الحكومة أمر يحتاج فيه الى الرأي . وهما رضيا[٣٣] برأيهما ، والرضا برأي المثنى فيما يحتاج[٣٤] فيه الى الرأي لا يكون رضا برأي الواحد ؛ كما في البيع ، ونحوه •

[الاشهاد على حكم المحكم]

[١٠٧٩] قال[٣٥] :

وان حكما بينهما رجلا فحكم بينهما بحكم ، ولم يشهد على ذلك في المجلس الذي حكم فيه ، فانه لايصدق على ذلك ، ان قال[٣٦] : حكمت بكذا وكذا [و][٣٧] لا ينفذ[٣٨] عليهما •

لانه[٣٩] أقر بشيء لا يملك انشاءه ، فلا يصح اقراره ؛ كالقاضي المعزول اذا قال : قد قضيت عليك بكذا وكذا •

---

(٣٢) ب : حاكما (وهو سهو) •
(٣٣) ك هـ : نصبا •
(٣٤) ف ج ب : يحتاج اليه لا يكون •••
(٣٥) الفعل (قال) ليس في نسخة ص •
(٣٦) س : قال قد حكمت • هـ ص ب : حكمت بينهما •
(٣٧) الزيادة من ص •
(٣٨) لا يقر عليهما •
(٣٩) ل : لانه لو أقر •

[التحكيم في الحدود والقصاص]

[١٠٨٠] قال :

ولو أن رجلين حكما بينهما رجلا في حد أو قصاص ، فحكم بينهما لم يجز ذلك •

ومن[٤٠] اصحابنا من قـال : انما لا يجـوز[٤١] هـذا في الحدود[٤٢] الواجبة لله تعالى ، اما في[٤٣] القذف والقصـاص [فانه][٤٤] يجوز [١٢٤١أ] •

لكن صاحب الكتاب اطلق الحد ، ونص على القصاص وهو الصحيح •

لان حكم المحكم بمنزلة الصلح ، فكل ما يجوز استحقاقـه بالصلح يجوز التحكيم فيه ، وما لا فلا ، وحد القذف والقصاص لا يجوز استيفاؤهما بالصلح ، وبعقد ما[٤٥] ، فلا يجوز التحكيم فيهما •

قال الشيخ الامام شمس الائمة[٤٦] الحلوانى رحمه الله •

تخصيص صاحب الكتاب الحدود والقصاص دليل على أن فيما سوى ذلك ينفذ حكم الحاكم المحكم في المجتهدات ، نحو الكنايات

---

(٤٠) ص : من (بسقوط الواو) •
(٤١) ص : لا يجوز في الحدود •
(٤٢) ب ف ك : الحدود والقصاص الواجبة (بزيادة لفظة ـ والقصاص ـ والتصحيح من سائر النسخ) •
(٤٣) ص : في حد القذف •
(٤٤) الزيادة من ل •
(٤٥) قوله : (وبعقد ما) ليس في ل •
(٤٦) ب : شمس الائمة ابو محمد عبدالعزيز بن احمد الحلواني •

[في الطلاق][٤٧] ، والطلاق المضاف ، وهو الظاهر عند اصحابنا ، واليه اشار بعد هذا ، وهو الصحيح • لكن مشايخنا امتنعوا عن هذا في الفتوى وقالوا : يحتاج الى حكم الحاكم كما في الحدود والقصاص كيلا يتجاسر العوام فيه •

[التحكيم في الدم الخطأ]

[١٠٨١] قال :

وان حكما في دم خطأ ، فحكم على العاقلة بالدية لم يجز ذلك[٤٨] •

لان العاقلة لم ترض به ، وحكم المحكم[٤٩] انما ينفذ على من رضي بحكمه وهو المحكم •

وان قضى بالدية على القاتل لا يجوز •

لان هذا الحكم مخالف للشرع ، فان الدية في قتل الخطأ على العاقلة ، الا ان يكون القاتل أقر بالقتل خطأ ، فحينئذ يجوز حكمه بالدية عليه •

لان ما يجب[٥٠] بالاعتراف لا تتحمله العاقلة ، وانما يجب على المقر ، فكان حكمه موافقا للشرع فينفذ •

---

(٤٧) الزيادة من ص ف ج ب •

(٤٨) ب ف : لم يجز (بسقوط كلمة ذلك) •

(٤٩) ف : وحكم الحاكم •

(٥٠) ب ف : لان ما يجوز بالاعتراف •

وان قضى على رجل باباء يمين ، أو باقرار ، أو ببينة ، فذلك جائـز ٠

لان هذا الحكم موافق للشرع ٠

[انشاء الحكم في التحكيم]

[١٠٨٢] قال :

فان قال المحكم بينهما لاحدهما : قد أقررت عندي لهذا بكذا وكذا ، أو قامت[٥١] عليك عندي بينة لهذا بكذا وكذا ، فعدلوا عندي فقد الزمتك ذلـك ، وحكمت به لهـذا عليـك ، وأنـكر المقضي[٥٢] عليه أن يكون أقـر عنـده بشيء ، أو قامت عليه [٢٤١ب] بينة بشيء ، لم يلتفت الى قوله ، ويمضى القضاء عليه ، ونفـذ ٠

لان المحكم يملك انشاء[٥٣] الحكم عليه بذلك ، فيملك الاقرار كالقاضي المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك[٥٤] ، او ببينة قامت عندي على ذلك ، فانه يصدق في[٥٥] ذلك ، ولا يلتفت الى انكار المقضى عليه ، فكذا ههنا ، الا ان يخرج عن الحكم[٥٦] ، أو يعزل عنه قيل أن يقول حكمت عليك ، ثم قال المحكم بعد ذلك لم يصدق ؛ لما قلنا ٠

---

(٥١) س ص ب : او قامت عندي عليك بينة ٠
(٥٢) ف ج : وانكر المحكوم عليه ٠٠
(٥٣) ب ف ج : انفاذ الحكم ٠
(٥٤) س : باقرار ٠
(٥٥) س : يصدق على ذلك ٠
(٥٦) ص : من الحكم ٠

[تحكيم الرجلين لابي احدهما او ابنه او امرأته]

[١٠٨٣] قال :

وان حكما بينهما ابا[٥٧] احدهما ، او جده[٥٨] ، أو ابنه ، او امرأته ، وكانت المرأة هي المخاصمة زوجها ، فان حكم على الابن او الزوجة انفذ ذلك القاضى اذا كان موافقا لرأيه ، وان حكم لابنه ، او لابيه ، او لامرأته ، ابطل[٥٩] ذلك القاضى الذي يختصمون اليه ، كان موافقا للحق عنده ، او مخالفا ٠

لان شهادته للمقضى له لا تجوز فالحكم اولى ٠

[تحكيم الفاسق وقضاؤه]

[١٠٨٤] قال :

فان حكما فاسقا لم يجز حكمه عليهما ٠

هذا رأي صاحب الكتاب على ما مر في صدر الكتاب ؛ أن الفاسق عنده ليس من أهل القضاء ، والقاضى اذا فسق ينعزل بنفس الفسق ، فصار بمنزلة الاعمى والمكاتب والذمي والمحدود في القذف والصبي[٦٠] ، فلا يجوز حكمه ٠

فاما في ظاهر الرواية فيجوز[٦١] عند اصحابنا : الفاسق

---

(٥٧) ص : ان احدهما (وهو تصحيف) ٠

(٥٨) ف ج : او جده او أمه ٠

(٥٩) ل : أبطل القاضي الذي يختصمون اليه ذلك الحكم ٠

(٦٠) قوله : (والصبى) ليس في ص ٠

(٦١) ب : فلا يجوز (وهو سهو) ٠

من اهل القضاء والقاضى اذا فسق يعزل لكن لا ينعزل بنفس الفسق ٠

والاولى ان لا يقلد[٦٢] الفاسق القضاء ، واذا قلد يصير قاضيا ، فكذا هنا الاولى ان لا يحكم الفاسق ، [وهو][٦٣] مع هذا اذا حكما وحكم بينهما نفذ حكمه فيما بينهما ٠

[التحكيم في دعوى الكفالة]

[١٠٨٥] قال :

ولو أن رجلا ادعى على رجل الف درهم ، ونازعه في ذلك وادعى ان فلانا الغائب ضمنها له عن هذا الرجل ، فتراضى [٢٤٢أ] هذان برجل يحكم[٦٤] بينهما ، والكفيل غائب ، فاقام المدعى شاهدين على المال و [على] الكفالة بأمره[٦٥] ، او بغير أمره ، فحكم له المحكم بالمال على المدعى عليه ، وبالكفالة عنه ، فحكمه جائز على المدعى عليه[٦٦] دون الكفيل ٠

لان المدعى عليه رضى بحكمه ، والكفيل لم يرض ، فصح التحكيم في حقهما دون الكفيل ٠

[١٠٨٦] قال :

---

(٦٢) س : لا يقلد القضاء الفاسق ٠

(٦٣) الزيادة من ف ج م ٠

(٦٤) ف ج ب : حكم بينهما ٠

(٦٥) ص : بأمر او بغير أمر ٠

(٦٦) قوله : (وبالكفالة عنه فحكمه جائز على المدعى عليه) ليس في ف ج ب ٠

وكذلك ان حضر الكفيل والمكفول عنه غائب ، فتراضى[٦٧] الطالب والكفيل برجل[٦٨] حكم[٦٩] بينهمـــا ، فأقام الطالب شاهدين بالمال على[٧٠] المطلوب ، وعلى كفالة الكفيل لـه بذلك بأمر المطلوب ، او بغير أمره ، فحكم المحكم بذلك فان حكمه جائز على الكفيل دون المكفول عنه •

لما قلنا •

[تحكيم حكمين واختلافهما في الحكم]

[١٠٨٧] قال :

فلو أن رجلين تنازعا في شيء فحكما بينهما رجلين ، فاختلف المحكمان في الحكم ، فرأى احدهما في ذلك رايا ، ورأي الآخـر خلافه ، فانه لا يجوز ، الا أن[٧١] يجتمعا على حكم واحد •

لان المحكمين رضيا برأيهما ، والرضـا بـرأي المثنـى[٧٢] لا يكون رضا برأي الواحد •

[١٠٨٨] قال :

وكذلك رجل قال لامرأته : أنت علي حرام ، ونوى الطلاق ، ولم ينو عددا ، فحكما [بينهما][٧٣] رجلين ، فقال احدهما : قد

---

(٦٧) ص هـ ف ب : فتراضيا •
(٦٨) س : رجلا •
(٦٩) س ك : حكما •
(٧٠) ل : على المكفول •
(٧١) ب ص : أن يجمعا •
(٧٢) ك هـ . برأي الاثنين •
(٧٣) الزيادة من ف ج ل م •

حكمت ان[٧٤] ذنك تطليقة بائنة ، وقال الآخر : قد حكمت انها[٧٥] بائن بثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ، فانه لا يجوز الحكم في ذلك ٠

لانهما لم يجتمعا[٧٦] على أمر واحد ٠

[شهادة الحكمين على الشهادة]

[١٠٨٩] قال :

ولو ادعى رجل على رجل حقا ، فحكما بينهما رجلين ، وأحضر[٧٧] المدعي شاهدين ، فشهدا له على حقه عندهما ، فحكما له بحقه ، او لم يحكما ، ثم مات الشاهدان ، أو غابا ، فسأل المدعي الحكمين[٧٨] أن يشهدا له على شهادة الشاهدين اللذين شهدا عندهما على حقه ، فانه لا ينبغي لهما أن يشهدا على ذلك ، وان شهدا على ذلك [٢٤٢ب] وفسرا للقاضي لم تنفذ شهادتهما ٠

لان الاشهاد من الاصول شرط ، والشاهدان لم يشهداهما على شهادتهما ٠

والله اعلم بالصواب -

---

(٧٤) س : بأن ٠

(٧٥) ص س : بانها ٠

(٧٦) ص ك : لا يجتمعان ٠

(٧٧) ل : فأحضر ٠

(٧٨) ص : المحكمين ٠

الباب السابع والسبعون

﴿ في الاقرار بالمال عند القاضي ﴾

[الاقرار بالمال عند القاضي]

[وقضاء القاضي بعلمه بذلك الاقرار]

[١٠٩٠] ذكر عن حماد والحكم : أنهما [كانا][١] يقولان : سمعنا أن الحاكم اذا اعترف[٢] عنده جاز قوله الا في الحدود[٣] ٠

معناه[٤] : أن القاضي يقضى بعلمه الا في الحدود ، فانه لا يقضى [في الحدود][٥] بعلمه ما لم يوجد نصاب الاقرار بشرائطه[٦] ، او حجية البينة بشرائطها ٠

---

(١) الزيادة من ل هـ س ٠

(٢) ف : اذا اعترف شخص عنده ٠

(٣) قوله : (ذكر عن حماد والحكم انهما كانا يقولان : سمعنا ان الحاكم اذا اعترف عنده جاز قوله الا في الحدود) رواه عبدالرزاق عن الثوري عن حماد قال : سمعنا ان الحكم يجوز قوله كله في الاعتراف بين الخصمين الا في الحدود (المصنف : ٨/٣٠٣ رقم ١٥٣٠٣) ٠

(٤) ل س ص : ومعناه ٠

(٥) الزيادة من ل ص ب ٠

(٦) هـ : بشرائط او حجة ٠ ل بشرائطه او حجة ٠

[١٠٩١] ذكر عن الشعبي وغيره[٧] : أن شريحا كان يقضي في قوم بعلمه[٨] ٠

وهذا يؤيد الاول ، لكن اريد[٩] به في ما عدا الحدود ، عرف[١٠] ذلك بالحديث الاول ٠

[١٠٩٢] ذكر عن عامر أنه قال :

اذا أقر عند الحاكم بشيء ثم كافر[١١] اخذه باقراره الا[١٢] في الحدود ٠

---

(٧) س ك هـ : او غيره ٠

(٨) قوله ذكر عن الشعبي وغيره ان شريحا كان يقضي في قوم بعلمه روى عبدالرزاق طرفا من ذلك في باب هل يرد الامام بعلمه من كتابه المصنف (٣٤٢/٨ رقم ١٥٤٦٤ــ١٥٤٦٥) من طريق ابن سيرين ومن طريق الثوري ٠ وروى وكيع عن سوار ذلك (اخبار القضاة : ٦٧/٢) وحول رأي شريح في قضاء الحاكم بعلمه اختلفت الرواية عنه فمنهم من ينقل عنه جواز ذلك ومنهم من ينقل عنه انه لا يجوز ذلك فقد روى الخصاف في الباب التاسع والثلاثين عن شريح ان رجلا خاصم اليه فسأله البينة فقال الرجل يا ابا امية انك تشهد لي فقال لهشريح اذهب الى الامير فخاصم اليهحتى اجيء فاشهد لك(جـ٣ ص٩٤الفقرة ٦٣٣ من هذا الكتاب) وقد مر تخريج ذلك ومسألة قضاء القاضي بعلمه مسألة خلافية فانظر حولها وحول رأي شريح : المغني ٤٠٠/١١ ، الشرح الكبير : ٤٢٤/١١ ، تبصرة الحكام : ٢٣/٢ ، المحلى : ٤٢٦/٩ رقم ١٧٩٦ ، الفتاوى الهندية : ٣٣٨/٣ ، الام : ٢٢٣/٦ ، ١٠٣/٧ ، مختصر المزني : ٢٤٦/٥ ، الرسالة للشافعي الفقرة ١٨٣١ ، المهذب للشيرازي ٣٠٤/٢ ، أدب القاضي للماوردي : ٣٦٨/٢ الفقرة ٣٥٤٨ وما بعدها السنن الكبرى : ١٤٢/١٠ــ١٤٤ ، روضة القضاة : ٣١٥/١ الفقرة ١٥٨٦ وما بعدها ٠

(٩) ل : اريد فيما عدا ٠ ف : اريد فيه ما عدا ٠

(١٠) ص : وعرف ٠

(١١) ف ج م : ثم انكر ٠ وهما بمعنى واحد ٠

(١٢) هـ ل : الا الحدود ٠

وهذا الحديث يفيد ما أفادته[١٣] الاحاديث المتقدمة ، أن القاضي يقضي بعلمه الا في الحدود .

وقوله : كافر ، أي جاحد . فان[١٤] محمدا رحمه الله أورد في المبسوط : لو كان لرجل على رجل دين فكافره[١٥] ... وهذا لان[١٦] قوله كفر معناه ستر ، ولهذا سميت المزارعة مكافرة ؛ لان الزارع[١٧] يستر الحب في الارض ، والجاحد يستر الحق بالجحود .

[تدوين الحجج وأول من دونها]

[١٠٩٣] ذكر عن ابن شبرمة انه قال :

أنا اول من اثبت حجج الخصمين ، ولا يتركه أحد بعدي ابدا[١٨] .

معناه اثبات الدعوى في الصحيفة .

لان في الابتداء كانوا لا يكتبون المحاضر ، لكن المدعى[١٩] يدعى عن[٢٠] ظهر قلبه ، ويجيبه الخصم فيحفظه[٢١] القاضي ،

---

(١٣) ك وسائر النسخ . ما افاد الاحاديث ، وما اثبتناه عن نسخة ل .
(١٤) ف : قال محمد (وهو تصحيف) .
(١٥) ف : وكافره .
(١٦) س : لان الكفر الستر ، يقال كفر بمعنى ستر .
(١٧) س ك : لان الزراع تستر .
(١٨) قوله : (ذكر عن ابن شبرمة انه قال : انا أول من اثبت حجج الخصمين ولا يتركه احد بعدي ابدا) مر ذكر قول ابن شبرمة وترجمته في الباب الرابع والثلاثين الجزء الثالث ص٢٢-٢٣ ضمن تعلقات الفقرة ٥٥٦ .
(١٩) ل : لكن المدعي عن ظهر قلبه .. بسقوط لفظة (يدعي) .
(٢٠) ك ف : يدعي على ظهر قلبه .
(٢١) س : فيحفظ .

ويحكم[٢٢] من غير أن يكتب ، وكان هذا عسيرا ، فأحدث ابن شبرمة هذا وهو كتبُه المحاضر والدعوى ؛ ليكون أسهل[٢٣] • والقضاة اليوم على هذا ، ولم يتركه بعده احد •

[اختلاف الشهود]

[١٠٩٤] ذكر عن الحكم أن رجلين شهدا على رجل [٢٤٣أ] بحق عند شريح ، فشهد احدهما بالف والآخر بالف ومائتين فقضى شريح بألف[٢٤] ، فقال الرجل : اتقضي علي[٢٥] وقد اختلفا ؟ فقال شريح : انهما قد اجتمعا على الالف[٢٦] •

وتأويل الحديث أن المدعي كـــان مدعيا لاكثـر المالين ، والشاهدان اتفقا على مقدار الالف لفظا ومعنى ، لكن زاد[٢٧]

---

(٢٢) ف : ويثبت من غير ان يكتب •

(٢٣) ف م : اشهر • ب : اشهد •

(٢٤) س : بالالف •

(٢٥) ص : اتقضي على رجل •

(٢٦) قوله ذكر عن الحكم ان رجلين شهدا على رجل بحق عند شريح فشهد احدهما بالف والآخر بالف ومائتين فقضى شريح بالف ••• الى آخره رواه وكيع عن محمد بن الوليد البسري قال : حدثنا محمد بن جعفر قال : حدثنا شعبة ، عن الحكم ، أن رجلين شهدا لرجل على رجل بحق ، فقال احدهما : اشهد ان عليه الفا ومائتى درهم او ثلثمائة ، وقال الآخر : اشهد ان عليه الف درهم ، فقضى له شريح بالف درهم ، فقال الرجل : تقضى علي وقد اختلفا ؟ فقال : انهما قد اجتمعا على الف • (اخبار القضاة : ٢٦٦/٢) وروى عن الصغاني ، قال : اخبرنا جعفر بن عون ، قال : اخبرنا مسعر ، عن عمرو بن عبيدالله بن واثلة المكى ، قال : خاصمت الى شريح ، فشهد لى شاهدان ، فشهد احدهما باقل من شهادة صاحبه ، فأجاز شهادتهما على الاقل (اخبار القضاة : ٢٩٠/٢) •

(٢٧) س : ولكن زاد الشاهد شيئا •

عليه احد الشاهدين ، فما اتفقا عليه ثبت(٢٨) ، وما تفرد به احد الشاهدين لم يثبت .

[١٠٩٥] ذكر عن الشعبي في رجلين(٢٩) شهدا على رجل ، فشهد احدهما أنه طلق امرأته واحدة ، وشهد الآخر أنه طلقها اثنتين فلم يجز الشعبي شهادتهما .

وهذا حجة لابي حنيفة رحمه الله على(٣٠) ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ، فانه يقول : لا تقبل هذه الشهادة كما قال الشعبى ، وهما يقولان : تقبل ، ويقضى بطلقة(٣١) .

[و](٣٢) ذكر عن حماد أنه قال (٣٣) : اذا اختلف الشهود في الكلام وكان الاصل(٣٤) واحدا فلا بأس به .

وبه نأخذ .

[الاقرار امام القاضي في مجلسين]

[١٠٩٤] قال احمد بن عمرو صاحب الكتاب :

ولو أن رجلا قدم رجلا الى القاضى فادعى عليه الفا ، فأقر

---

(٢٨) ف : يثبت .

(٢٩) ك ف : في الرجلين والتصحيح من ل ص ب .

(٣٠) ص :على صاحبيه .

(٣١) عبارة : (ويقضى بطلقة) سقطت من نسخة ص .

(٣٢) الواو زيادة من ف م .

(٣٣) ل : ذكر عن حماد قال (بسقوط لفظة انه) .

(٣٤) ب : وكان الاجل (بالجيم وهو تصحيف) .

بها عنـــد القاضى ، واثبتها[٣٥] في ديـوانه ، ثم اعـاده[٣٦] الى[٣٧] القاضى في مجلس آخر بعد ذلك فادعى عليه الفا ، فأقر بها ، فقال الطالب : قد أقر لي بالفين ، وذلك[٣٨] لي عليه ، وقال المطلوب : انما هو مال[٣٩] واحد ، فالقول قول المطلوب .

وهذه من مسائل الاقرار ، اوردها ههنا وشوش[٤٠] صاحب الكتاب ، فنقول :

من أقر لانسان بالف واشهد عليه ، ثم أقر بالف ، وأشهد عليه ، فهذا على وجهين :

أما أن يكون الاقرار مقيدا بسبب ، أو لم يكن مقيدا بسبب :

اما[٤١] اذا كان مقيدا بسبب فاما[٤٢] أن يكون [٤٣] السبب متحدا ، أو مختلفا .

---

(٣٥) في شرح الجصاص لهذا الكتاب : واثبتها القاضى في ديوانه (الورقة ١٨٩ أ) من نسخة ليدن .

(٣٦) ف : اعادها . وفي شرح الجصاص : ثم دعاه الى القاضى في مجلس آخــــر .

(٣٧) ك وسائر النسخ : على القاضى والتصحيح من س ل وشرح الجصاص ومما سيكرره بعد قليل في نهاية المسألة .

(٣٨) س : وهما عليه .

(٣٩) س : الف واحد ، وفي شرح الجصاص مال واحد والف .

(٤٠) ف : وفصل صاحب الكتاب .

(٤١) ل : فاما اذا كان مقيدا ... وهذه العبارة قد سقطت من ف .

(٤٢) ل : اما .

(٤٣) ص : يكون متحدا (بسقوط كلمة السبب) .

اما اذا كان السبب متحدا ؛ بأن أقر[٤٤] بألف درهم[٤٥] من ثمن هذا العبد ، وأشهد عليه ، ثم أقر بالف[٤٦] درهم من ثمن هذا العبد ، واشهد عليه ، فانه يكون مالا واحدا [٢٤٣ب] [بكل حال][٤٧] .

لان السبب واحد ، واتحاد السبب يدل على اتحاد الواجب ، فكان المال واحدا[٤٨] .

وان كان السبب مختلفا ؛ بان أقر[٤٩] بالف درهم ثمن هذا العبد ، وأشهد عليه[٥٠] ، ثم أقر بالف درهم ثمن هذه الجارية ، واشهد عليه ، فانه يكون المال مثنى بكل حال .

لان السبب اختلف ، واختلاف السبب يوجب اختلاف الواجب .

وكذا على هذا اذا[٥١] أقر بالف درهم ، وكتب في صك ، أقر بالف درهم اخرى ، وكتب[٥٢] في صك آخر يكون المال مثنى .

---

(٤٤) ص : أقر له .

(٤٥) ل ص : بالف درهم ثمن هذا ...

(٤٦) ل : بالف ثمن . وقوله : (واشهد عليه ثم اقر بالف درهم من ثمن هذا العبد) ليس في ص .

(٤٧) الزيادة من ص ف هـ ل .

(٤٨) قوله : (واتحاد السبب يدل على اتحاد الواجب فكان المال واحدا) ليس في ل .

(٤٩) ل : بأن اقر له بالف درهم (بزيادة لفظة : له) .

(٥٠) س . واشهد عليه يلزمه المالين لكل حال . (كذا بنصب المالين) .

(٥١) ف : لو أقر .

(٥٢) س : وكتبها في صك اخر يلزمه المالان . ل : وكتب ذلك في صك ..

لانه ما جرى[٥٣] الرسم باتخاذ الوثيقتين[٥٤] بمال[٥٥] واحد ، فكان اختلاف الصكين بمنزلة اختلاف السبب ٠

وكذا لو كان الاقرار بالصك ، فاقر بما في الصكين [فانه][٥٦] يكون المال مثنى بكل حال لما بينا ٠

واما اذا لم يكن الاقرار مقيدا بسبب : بان[٥٧] اقر بالف درهم واشهد عليه ، ثم اقر بالف واشهد عليه[٥٨] ، فهذا على وجهين :

اما ان يكون الاقرار في موطنين ، او في موطن واحد ٠

فان كان في موطنين : فاما ان اشهد على الاقرار الاول شاهدين[٥٩] ، او شاهدا واحدا ٠

فان أشهد شاهدين ثم اشهد على الاقرار الثاني ، فأما ان[٦٠] اشهد على الاقرار الثاني الشاهدين اللذين اشهدهما على الاقرار الاول في الموطن الاول ، او غيرهما ٠

فعند ابي يوسف ومحمد [رحمهما الله] سواء[٦١] اشهد

---

(٥٣) س : ما جرت العادة ٠

(٥٤) س : وثيقتين ٠

(٥٥) س : لمال ٠

(٥٦) الزيادة من ف ل ٠

(٥٧) له : فان ٠

(٥٨) قوله : (ثم اقر بالف وأشهد عليه) ليس في ف ج ب ٠

(٥٩) عبارة س : اما ان اشهد على الاقرار الاول شاهدين او شاهدا واحدا ، فان أشهد شاهدين ثم اشهد على الاقرار الثاني الشاهدين فهذا على وجهين : فاما ان اشهد على الاقرار الثاني الشاهدين اللذين اشهدهما على الاقرار الاول في الموطن الاول أو غيرهما ، فعند ابي يوسف ومحمد ٠٠٠

(٦٠) ف : فاما اذا ٠

(٦١) س : فالمال واحد سواء أشهد ذينك الشاهدين او غيرهما وعند ابي حنيفة ٠٠ ل : فسواء أشهد الشاهدين اللذين ٠٠٠

اللذين [اشهدهما على الاقرار الاول في الموطن الاول][٦٢] او غيرهما ، فالمال واحد ٠

وعند ابي حنيفة [رحمه الله] في ظاهر الرواية : ان اشهد اللذين[٦٣] [اشهدهما][٦٤] يكون المال واحدا ، الا ان يقول المطلوب انه مالان ٠ وان اشهد غيرهما يكون المال مثنى[٦٥] ٠

هكذا ذكر صاحب الكتاب ٠

وذكر الجصاص[٦٦] على قلب[٦٧] هذا فقال :

---

(٦٢) الزيادة من ف ج م ل ٠

(٦٣) س : أن اشهد الاولين ٠

(٦٤) الزيادة من سائر النسخ ، وقد سقطت العبارة من قوله (وعند ابي حنيفة ٠٠٠) الى هنا من نسخة ل ٠

(٦٥) س : وان اشهد غيرهما يلزمه المالان ٠

(٦٦) ف ل : وذكر الخصاف ٠ وهو تصحيف ، وما نقله الشارح من كلام الجصاص تجده في شرح الجصاص لادب القاضي هذا اذ جاءت عبارته فيه ل النحو التالي : « ثم سئل الشيخ ما قال الخصاف رحمه الله في الشهادة يف قولهم فيها ؟ فقال : الشهادة [في] مثل هذا : ابو حنيفة يجعله مالين ، وابو يوسف ومحمد يجعلانه مالا واحدا ٠٠٠ ثم قال : وانكر ما قال الخصاف انه اذا كان الشهود على المال الآخر هم الشهود على المال الاول فهو مال واحد ، وان كان الشهود على المال الآخر غير الشهود على المال الاول فهما مالان ، فقال الشيخ رحمة الله عليه : لو قال على القلب كان اقرب ، لان الانسان اذا أشهد قوما على نفسه بمال لانسان لا يشهدهم على نفسه مرة أخرى في ذلك المال ، وانما يشهدهم على مال آخر ، وعندهم يجوز أن يشهدهم [على] المال الذي اشهد الاولين وان كانا فريقين يكون مالا واحدا ، فلا ادري من اين يكون له هـذه التفصيلات من غير تحصيل معنى ٠٠٠ » أهـ ٠ (أدب القاضي للخصاف مما علق عن ابي بكر الجصاص نسخة ليدن الورقة ١٩٠ أ ـ ١٩٠ ب) ٠

(٦٧) س : على عكس هذا ٠ وما اثبتناه عن الاصل ك وسائر النسخ وعن شرح الجصاص ٠

ان اشهد اللذين[68] [اشهدهما][69] يكون المال مثنى ، وان أشهد غيرهما يكون المال واحدا ٠

الجصاص[70] يقول : العادة جـــرت بالاستكثار[71] من الشهود ، والاستكثار انما يكون بغير الشهود الاولـين ، فمتى [٢٤٤ آ] اشهد غيرهما[72] كـــان ذلك محمولا على الاستكثـار والاستيثاق[73] ، فيكون هو المال[74] الاول ٠

واما اذا أشهد[75] عينهما فلم يحمل هذا على[76] الاستكثار فكان هذا حجة واثباتا مستقبلا[77] ، فيكون اقرار بمال آخر ٠

والخصاف[78] يقول :

ان[79] أشهد[80] اللذين [اشهدهما][81] فالمقصود من هذا

---

(٦٨) س : ان اشهد الاولين يكون المال مثنى ٠
(٦٩) الزيادة من ف ج م ل وقد سقطت من هـ ب س ٠ وفي ص : ان اشهد اللذين الاولين يكون ٠٠٠
(٧٠) ل : فالجصاص ٠ ف : الخصاف (وهو تصحيف) ٠
(٧١) ك ف ب : في الاستكثار ٠
(٧٢) هـ : غيرهم ٠
(٧٣) ص : والاستئناف ٠
(٧٤) س : فيكون المال واحدا ٠
(٧٥) س ص : اشهدهما ٠ ل ف : اشهد غيرهما ٠
(٧٦) س : على الاستيثاق والاستكثار فكان اثباتا مستقبلا ٠
(٧٧) ف ج م : مستقلا ٠
(٧٨) ل : والجصاص (وهو تصحيف) ٠
(٧٩) هـ : اذا ٠
(٨٠) س : اذا أشهد الاولين ٠
(٨١) الزيادة ليست في هـ ٠

الاشهاد[82] التذكير لذلك[83] الاقرار ، فيكون هو المال الاول .

فاما اذا أشهد غيرهما[84] فالحجة قد تمت على المال الاول ، فاذا اشهد غيرهما كان هذا حجة واثباتا مستقبلا .

هذا اذا أشهد على الاقرار الاول في الموطن الاول شاهدين .

اما اذا أشهد شاهدا واحدا ثم أشهد على الاقرار الثاني في الموطن الثاني شاهدا واحدا أو اكثر : فعند[85] ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يكون المال واحدا ، واما عند ابي حنيفة رحمه الله [فقد][86] ذكر الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمة الله : انه[87] اختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله .

وذكر الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله : أن المال واحد بالاتفاق .

والى هذا أشار صاحب الكتاب ، فانه شرط أن يكون على الاقرار الاول اشهاد كامل .

فرق ابو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين ما اذا اشهد على الاقرار الاول في الموطن الاول شاهدين .

والفرق : أن المقصود من الاشهاد هو الاستيثاق ، وانما يحصل الاستيثاق هنا[88] للمال الاول اذا كان المال الذي أقر

---

(٨٢) س : فالمقصود من هذا الاشهاد الثاني عين الاقرار الاول فيكون المال واحدا .

(٨٣) هـ : كذلك .

(٨٤) س : واذا اشهد غيرهما فقد تمت الحجة على المال الاول فيكون هذا اثباتا مستقبلا .

(٨٥) ص : فعندهما .

(٨٦) الزيادة من ل .

(٨٧) س : ان المشايخ اختلفوا .

(٨٨) س : بهذا المال الاول .

به عند الثاني هو المال الذي أقر به عند الاول ، حتى تتم الحجة على المال الاول ، فيحصل الاستيثاق ،ولا كذلك فيما اذا اشهد[٨٩] على الاقرار الاول في الموطن الاول شاهدين ·

هذا اذا كان الاقرار في موطنين ·

واما اذا كان الاقرار في موطن واحد ، فعند[٩٠] ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يكون المال واحدا بكل حال ·

و [اما][٩١] عند ابي حنيفة اذا أشـــهد على الاقرار الاول شاهدين ثم اشهد على الاقرار الثاني [٢٤٤ب] واحدا او اكثر ففيه قياس واستحسان :

فالقياس على قوله : أن يكون المال مثنى ·

واستحسن[٩٢] وقال المال واحد ·

وجه القياس : أن الحجة هو الاقرار دون المجلس ، والاقرار اختلف[٩٣] ·

وجه الاستحسان : ان المجلس يجمع الكلام المتفرق[٩٤] ، ويجعل الكل كشيء واحد ، فصار الاقراران[٩٥] كاقرار واحـــد ، فيكون المال واحدا ·

وان جاء بشاهدين على الف درهم ، وجـــاء بشـــاهدين على

---

(٨٩) ل : شهد على الاول في الموطن الاول شاهدان ·

(٩٠) ص : فعندهما ·

(٩١) الزيادة من ل ص ب ف م ، وفي ل : واما عند ابي حنيفة فانه اذا اشهد ···

(٩٢) ف م ج ص : وفي الاستحسان المال واحد وما اثبتناه عن س ك ل هـ ·

(٩٣) س : مختلف فيه ·

(٩٤) ف ل م : المفترق ·

(٩٥) ف : فصار الاقرار ان كان اقرار واحد وقد سقطت هذه الجملة من س ·

الف ، ولم يعلم في موطن واحد ، او في موطنين [بأن][٩٦] نسي الشهود ذلك فهما مالان ، ما لم يعرف انه في موطن واحد ·

لان اختلاف الشهود دليل على اختلاف المجلس[٩٧] ، الا أن يظهر بالدليل انه اراد به مالا واحدا ، أو كان المجلس واحدا ·

والبيض والسود ، وثمن الهروي والمروي دليل على أنهما مالان ·

هذا اذا أقر وأشهد ، ثم أقر وأشهد ·

اما اذا أقر واشهد ، ثم قدمه الطالب الى القاضى فأقر عند القاضى [فانه] يكون المال واحدا ·

لانه لما أقر بين يدي الشهود ، كان[٩٨] هذا الاقرار لوجوب المال ، والاقرار عند القاضى للخروج[٩٩] عن موجب الاقرار الاول، الا[١٠٠] أن يكون اقرارا بمال آخر ·

اذا ثبتت هذه التفاصيل[١٠١] ظهر لنا ما ذكر صاحب الكتاب فقـــال :

لو أن رجلا قدم رجلا الى القاضى فادعى عليه ألفا فاقر بها عند القاضي واثبتها في ديوانه ، ثم اعاده[١٠٢] الى القاضى في مجلس آخر بعد ذلك ، فادعى عليه ألفا فأقر بها ، فقال الطالب : قد

---

(٩٦) الزيادة من ف ، وفي ل : أوفى موطنين فنسي الشهود ···

(٩٧) ف : المجلس الاول ·

(٩٨) س : كان هذا اقرارا لوجوب المال ·

(٩٩) س : الخروج ·

(١٠٠) ك وسائر النسخ : لا · وما اثبتناه عن ص هو الصواب ·

(١٠١) ل : اذا ثبتت هذه التفاصيل فنقول الآن يظهر ما ذكر ··· ب ص ف : هذه التفاصيل الآن يظهر ·· ·

(١٠٢) ص : ثم ادعاه · ف ب ج : ثم اعاده على القاضى ·

أقر(١٠٣) لي بألفين ، وقال المطلوب : انما هو مال واحد ، والف واحدة(١٠٤) فالقول قول المطلوب •

لان الاقرار في المجلس الاول كان لثبوت المال عليه ، والاقرار في المجلس الثاني كان للخروج عن موجب(١٠٥) الاقرار الاول ، فلا يكون اقرارا بمال آخر •

[١٠٩٥] قال :

وكذلك لو ادعى عليه في المجلس الثاني خمسمائة ، فأقر بها ، فقال الطالب : قد أقر بالف وخمسمائة ، وقال [٢٤٥آ] المطلوب : انما(١٠٦) له على الف درهم ، فالقول قول المطلوب •

لان الخمسمائة بعض الالف ، وبالاقرار الاول ثبت وجوب الف(١٠٧) ، فكان الاقرار الثاني للخروج عن بعض ما أقر به بالاقرار الاول ، فلا يكون اقرارا بمال آخر •

[١٠٩٦] قال :

وكذلك لو ادعى(١٠٨) عليه في المجلس الثاني الفين ، فاقر بهما(١٠٩) ، فادعى الطالب ثلاثة آلاف ، وقال المطلوب : انما له عليّ الفان ، فالقول قول المطلوب •

لان الاقرار الثاني للخروج(١١٠) عن موجب الاقرار الاول [لا](١١١) ايجاب الزيادة فتجب الزيادة ، فيجب عليه الفان •

---

(١٠٣) ص : انه أقر •

(١٠٤) ك والنسخ الاخرى : واحد • وما اثبتناه عن ص ف ل هـ ب •

(١٠٥) ل : من موجب •

(١٠٦) س ب : انما هي الف فالقول •••

(١٠٧) ب ل س : الالف • ف : وجوب الاول •

(١٠٨) ل ب ف : اذا ادعى •

(١٠٩) ك : بها •

(١١٠) س : للخروج عن بعض الاقرار •

(١١١) الزيادة من ف •

[١٠٩٧] قال صاحب الكتاب :

وكذلك الشهادة في غير موطن •

اذا كان انما يشهد على ذلك رجلان فصاعدا في الموطنين جميعا •

ثم قال صاحب الكتاب :

ثم أشهد(١١٢) على الاقرار الثاني غير الاولين ، فهو مال واحـد •

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله :

هذا اللفظ وقع مشوشا(١١٣) لايمكن تصحيحه •

[١٠٩٨] قال :

ولو أن رجلا أشهد لرجل على نفسه بالف درهم في صك ، ثم أشهد على نفسه في موضع آخر في صك آخر بالف درهم ، اولئـك الشهود باعيانهم ، او غيرهم(١١٤) ، فان المالين جميعا يلزمانه •

وكذلك الاقرار بالصكين عند القاضي يلزمه المالان جميعا •

والصكان بمنزلة المالين المختلفين ، [و] قد سمى(١١٥) ونسب كل واحد منهما الى غير ما نسب اليه الآخر •

لما قلنا من قبل •

---

(١١٢) ف : ثم اذا اشهد • ب : ثم شهد • ك : ثم شهدا •

(١١٣) ف : دفع شوشا •

(١١٤) س : أو غيرهم لزمه المالان جميعا وذلك الاقرار •

(١١٥) ل : ثم سمى •

[تعارض البينتين]

[١٠٩٩] قال :

ولو أن رجلا جاء بشاهدين على صك بألف درهم ، وجاء المطلوب بشاهدين بالبراءة عن الف درهم ، فهذا على ثلاثة اوجه :

اما أن يكون كل واحد منهما مؤرخا ٠

او لم يكن كل واحد منهما مؤرخا ٠

او كان احدهما مؤرخا والآخر لا ٠

اما في الوجه الاول [فانه](١١٦) ينظر ان كان تاريخ البراءة [بعد](١١٧) تاريخ الصك ، يعمل بصك البراءة لا بصك المال ٠

لان البراءة انما تكتب(١١٨) [٢٤٥ب] لتكون حجة ، وانما تكون حجة اذا صحت ، وانما تصح اذا كانت بعد وجوب المال ، وليس ههنا مال آخر واجب سوى ما ظهر في هذا الصك ، فتنصرف البراءة اليه ، فصار المديون بريئا(١١٩) عن صك المال ٠

وان كان صك المال بعد صك البراءة يعمل بصك المال ، ويجب المال ٠

لان البراءة انما تكتب(١٢٠) لتكون حجة ، وانما تكون حجة اذا صحت ، وانما تصح بعد وجوب المال ، فلا تعمل تلك البراءة

---

(١١٦) الزيادة من ل ٠

(١١٧) الزيادة ل ص ب ٠

(١١٨) س : لان البراءة انما تنبت ٠

(١١٩) س : مبرئا عن صك المال ٠

(١٢٠) س : انما كانت لتكون حجة ٠

في هذا المال الذي ظهر في هذا الصك ؛ لانه تأخر وجوبه ، فاذا لم يدخل هذا المال تحت ذلك[١٢١] ، صارت ، صارت[١٢٢] البراءة في حق هذا المال وجودها وعدمها سواء ٠

واما في الوجه الثاني[١٢٣] : فالبراءة أولى ؛ لان البراءة انما تكتب لتكون حجة ، وانما تكون حجة اذا صحت ، وانما تصح بعد وجوب المال ، وتصرف العاقل يحمل[١٢٤] على وجه الصحة ، ولا صحة الا بعد وجوب المال ، فثبت[١٢٥] تأخر البراءة دلالة ٠

وكذلك اذا كان تاريخهما في شهر واحد فالبراءة اولى ٠

لان هذا ، وما لم يكن كل واحد منهما مؤرخا سواء ٠

واما في الوجه الثالث : [فانه][١٢٦] ينظر : اما أن يكون صك المال مؤرخا ، وصك البراءة غير مؤرخ ، او على العكس ٠

وفي الحالين جميعا البراءة أولى ٠

لان البراءة انما تكتب[١٢٧] لتكون حجة ، وانما تكون حجة اذا كانت صحيحة ، وصحتها تعتمد وجوب المال فالظاهر[١٢٨] انه كان بعد[١٢٩] وجوب المال ٠

---

(١٢١) س ل : تحت ذلك المال ٠

(١٢٢) ص ، ك : وصارت ٠

(١٢٣) هـ : واما في الوجه الثاني فعدمها اولى ٠

(١٢٤) س : وتصرف العاقل يدل على وجوب الصحة ٠

(١٢٥) هـ : فيثبت ٠ ل : فثبتت بآخر البراءة ٠

(١٢٦)

(١٢٧) ل : انما تكتب حجة ٠

(١٢٨) س : فالظاهر انها كتبت بعد وجوب المال ٠

(١٢٩) هـ : بغير وجوب ٠

[١١٠٠] قال :

ولو أن رجلا له على رجل صكان ، كل صك بالف درهم ، في كل صك شهود ، وتاريخ الصكين مختلف ، وعند المطلوب براءة في صـــك بالف درهم ، وفي صـــك بـــراءة بخمســـمائة[١٣٠] ، فقال[١٣١] المطلوب : انما ماله الف درهم • وقد أخذ مني الفا وخمسمائة ، وقال الطالب : مالي ألفان ، ولم [٢٤٦أ] أقبض شيئا ، فان المطلوب يبـــرأ من الف وخمسمائة ، ويؤخذ[١٣٢] بخمسمائة تمام الالفين •

لانه ثبت وجوب الالفين بصكين ، فثبتت البراءة عن الف وخمسمائة بصكين •

لان حجج البراءات[١٣٣] على [١٣٤] قياس حجج الوجوب ، ففي كل موضع كان مالان كان[١٣٥] براءتان في البراءات[١٣٦] ، وفي كل موضع كان مال واحد كانت براءة واحـــــدة في البراءات ، واختلاف صك الطالب يوجب اختلاف المال ، واختـــلاف صك المطلوب يوجب اختلاف البراءات[١٣٧] ، فثبتت البراءة عـــن

---

(١٣٠) ك هـ : وبراءة بخمسمائة في صك • ل : وبراءة في صك بخمسمائة درهـــم •

(١٣١) ل : وقال •

(١٣٢) س : وتلزمه خمسمائة •

(١٣٣) هـ : البراءة •

(١٣٤) ف : على وجوب قياس •

(١٣٥) ل : كان براءتين •

(١٣٦) قوله : وفي كل موضع كان مالان كان براءتان في البراءات تكرر في ص مرتين •

(١٣٧) هـ : البراءة •

الف[138] وخمسمائه وتبقى خمسمائة ، الا ترى ان صك البراءتين لو كان كل واحد بالف لكان[139] المطلوب مبرءا[140] من المال كله ، كذا هذا ٠

[1101] قال :

ولو أن الطالب قال : انما[141] ٠ مالي الف درهم ، وانما قبضت منك الفا ، فقال المطلوب [بل][142] قبضت مني الفين ، ومالك الف ، فان المطلوب يرجع على الطالب بالف اذا ثبت[143] استيفاء الالفين ٠

لانهما اتفقا أن[144] المال كان الفا ، فاذا ثبت استيفاء الالفين كان له أن يسترد [منه][145] الزيادة ٠

[1102] ثم ما بعد هذا الى اخر الباب ثلاثة انـــواع من المسائل :

احدها : ان الصـــكين بمنزلة شيئين مختلفين سواء كـــان الصكان[146] في الايجاب او البراءة[147] ٠

---

(138) ل : عن الالف ٠

(139) هـ : وكان المطلوب ٠ ك : فكان ٠

(140) ب ك هـ ص : يبرأ ٠ س : برئ المطلوب من المال كله ٠

(141) هـ ف ب : ان مالي ٠

(142) الزيادة من س ٠

(143) س : اذا ثبت انه قبض منه الفين ٠

(144) ف : لان المال ٠

(145) الزيادة من س ٠

(146) ك ف هـ س : الصكين ، والتصحيح من سائر النسخ ولكونه اسما لكان ٠

(147) هـ ل : أو في البراءة ٠

وقد ذكرنا هذا النوع من قبل ٠

[و](١٤٨) الثاني : اذا شهد شاهدان على براءة المديون عن الف(١٤٩) وشهد آخـــران على براءة المديون عن الف(١٥٠) في موطنين ، فهذا وما لو شهد شاهدان على اقراره بألف في موطن(١٥١)، وشهد آخران على اقراره بالف في موطن آخر من حـــق ثبوت البراءتين سواء ٠

وقد ذكرنا هذا من قبل ٠

والثالث : اذا شهد احد الشاهدين أنه أقر بالف درهم وشهد الآخر أنه أقر بالفين ، فان كان المدعي يدعي الاقل(١٥٢) لا تقبل هذه الشهادة بالاجماع ، الا أن يدعي المدعي التوفيق بينهما ٠

وان كان يدعي الاكثر قال ابو حنيفة [٢٤٦ب] رحمه الله : لا تقبل [هذه](١٥٣) الشهادة ٠ وقالا : تقبل ٠

وعلى هذا الاختلاف مسائل [في](١٥٤) المبسوط في الطلاق والديون وغير ذلك ٠

وموضع المسائل الاقرار والشهادات ٠

---

(١٤٨) الزيادة من هـ ب ٠

(١٤٩) ف ب : الف درهم ٠

(١٥٠) ف : الف درهم ٠

(١٥١) ف ل : في موطن آخر في حق ثبوت البراءتين سواء (بســـقوط جملة من العبارة) ٠

(١٥٢) ص : يدعي الاول ٠

(١٥٣) الزيادة من س ف ص ٠

(١٥٤) الزيادة من ف ل ص ب ٠

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

[عودة الى الاقرار في مجلسين]

[١١٠٣] قال :

ولو أن رجلا أقر ، فقال : قتلت عبدا لفلان ، وسماه أو قال ابن فلان [و] [١٥٥] سماء أو لم يسمه ، أو أخا[١٥٦] فلان ، وسماه أو لم يسمه ، [ثم أقر بمثل ذلك مرة اخرى][١٥٧] ، فقال الطالب : قتلت لي عبدين ، أو ابنين ، أو اخوين ، فهذا اقرار[١٥٨] بعبد واحد ، وابن[١٥٩] واحد ، واخ واحد ، الا أن يكون المطلوب سمى[١٦٠] اسمين مختلفين ، فحينئذ لزمه[١٦١] كل واحد منهما [١٦٢] .

قال القاضي الامام ابو الحسن علي بن الحسين السغدي [رحمه الله] :

يجوز أن تكون هذه المسائل ايضا على الاختلاف ، ويجوز أن وكن على الاتفاق وهو الصحيح .

فرق بين هذا وبين الديون فان المال يكون مثنى عند ابي يفة رحمه الله اذا كان في مجلسين مختلفين .

---

(١٥٥) الزيادة من ل ب . وقوله : (او قال ابن فلان سماه او لم يسمه) ليس في نسخة ص .

(١٥٦) ف ك ص ب : اخ فلان .

(١٥٧) الزيادة من مخطوطة شرح الجصاص لادب القاضي للخصاف الورقة : ١٩١ب من نسخة مكتبة ليدن .

(١٥٨) ل : فهذا الاقرار . ف ب : أقر .

(١٥٩) قوله : (وابن واحد) ليس في ص .

(١٦٠) ل : سماه . ص : يسمى ياسمين وهو سهو . ب : أن يكون للمطلوب اسمين مختلفين (كذا بالنصب) وهو سهو .

(١٦١) ل : لزم .

(١٦٢) ك هـ : منهم .

وموضع هذا الفرق كتاب الاقرار •

ثم ان صاحب الكتاب رحمه الله جعل الغصوب والودائع والمضاربات بمنزلة الدين وما كان يرجع الى الذمة ، حتى اذا أقر به في موطنين يكون اقرارا بالمثنى •

وذكر الجصاص في شرح هذا الكتاب فقال[١٦٣] :

هذا وهم[١٦٤] من صاحب الكتاب ، حيث جعل الودائع والمضاربات بمنزلة الديون ، بل اعتبار الودائع[١٦٥] والمضاربات بالاعيان اشبه ، حتى [انه][١٦٦] اذا أقر به في موطنين يكون اقرارا بواحد[١٦٧] •

والله تعالى اعلم

---

(١٦٣) عبارة الجصاص في هذه المسألة انقلها بنصها لوجود اختلاف لف بين ما نقل هنا وبين ما هو مدون في شرحه لهذا الكتاب من نسخة مكتبة ليدن اذ قال :

« ولو أن رجلا أقر فقال . انا قتلت عبدا لفلان او قال ابنا لفلان وسماه او لم يسمه ، ثم اقر بمثل ذلك مرة اخرى فقال الطالب : قتل لي عبدين او ابنين فهذا انما اقر بقتل عبد واحد وابن واحد الا أن يكون المطلوب قد سمى اسمين مختلفين ، قال الشيخ ، هذا لا خلاف بينهم فيه ولا فرق بين الموطنين ما لم يظهر منه ما يدل على القتلتين ، قال الشيخ : لان هذا ليس مما يثبت في الذمة ، لان الجناية انما تثبت في الرقبة ولا تثبت في الذمة فاذا كان كذلك لا يجوز أن تثبت في رقبته جنايات كثيرة ، فقلت فما الذي يمنع ثبوته اذ قد اعترف بذلك وما الفرق بين ما يثبت في الذمة وبين ما يثبت في الرقبة ، فقال : هذا الذي عندي وهو موضع مشكل يحتاج الى الفرق بينهما » (انظر شرح الجصاص الورقة ١٩١ب) •

(١٦٤) س : ان هذا توهم •

(١٦٥) ص : جعل الضاربات والودائع •

(١٦٦) الزيادة من ل •

(١٦٧) ك : اقرارا واحدا •

الباب الثامن والسبعون

في الحكومة[1] على أهل الكفر

[في حد الزنى]

[١٠٤١] ذكر حديث ابن عمر رضى الله عنهما ، أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم يهوديا ويهودية[2] ·

أورد صاحب الكتاب في هذا الباب اخبارا :

منها هذا ·

ومنها حديث ابي هريرة ·

ومنها حديث [البراء] بن عازب[3] ·

---

(١) هـ : باب الحصومة ·

(٢) قوله : (ذكر حديث ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم يهوديا ويهودية) مر ذكر هذا الحديث في موضوع استحلاف اهل الذمه في الباب الثاني والعشرين في الجزء الثاني من هذا الكتاب وذكر تخريج رواياته المختلفة عن ابن عمر وغيره فانظره في حـ٢/٢٠٠-٢٠١ في تعليقات الفقرة ٣٩ ·

(٣) هـ ك : حديث ابن عازب · ص : حديث لابن عازب · ف : ابن ابي عازب · وهذا الاخير وهم · والبراء بتخفيف الراء وبالمد في الصحيح المشهور أبو عمارة ويقال أبو عمرو ويقال أبو الطفيل الصحابي وأبوه عازب بن الحارث ابن عدي ، الانصاري الاوسي الحارثي المدني ، ذكر ابن سعد ان عازبا قد اسلم · روى البراء كثيرا من الاحاديث اتفق البخاري ومسلم على اثنين وعشرين وانفرد البخاري بخمسة عشر ومسلم بستة · نزل الكوفة وتوفي بها زمن مصعب بن الزبير · استصغره النبي صلى الله عليه وسلم يوم بدر · وأول مشاهده أحد ، شهد مع ابي موسى غزوة تستر وشهد مع علي رضى الله عنه الجمل وصفين والنهروان هو واخوه عبيد بن عازب ، وكان للبراء ابنان : يزيد وسويد رضى الله عنهم اجمعين توفي سنة ٧٢ في الارجح انظر ترجمته في تهذيب الاسماء واللغات : ١/١/١٣٢-١٣٣ رقم ٨٠ تهذيب التهذيب ١/٤٢٥ ، طبقات ابن سعد : ٤/٨٠ ، اسد الغابة ١/٢٠٥-٢٠٦ رقم ٣٨٩ الاصابة : ١/١٤٦-١٤٧ رقم ٦١٨ ، الاستيعاب : ١/١٤٣-١٤٥ ·

كلها تدل على ايجاب الرجم على اليهودي واليهودية ۰
وهذا[٤] حجة للشافعي[٥] رحمه الله [٢٤٧أ] علينا ۰
وتأويل هذه الاحاديث عندنا : أنه كان في بدء[٦] الامر حين قدم المدينة ، فانه عليه الصلاة والسلام انما رجم[٧] بحكم التوراة ؛ لانه لم يكن للزنا في شريعتنا حكم[٨] ، ولما نزل[٩] قوله تعالى : « الزانية والزاني ۰۰۰ »[١٠] بعد انصرافه من خيبر[١١] بسبع فصار للزنا في شريعتنا[١٢] حكما[١٣] ، وهو جلد مائة ، ثم ظهر بعد ذلك الرجم متى كان الزاني محصنا بحديث ماعز[١٤] رضي

---

(٤) س : وهذه ۰
(٥) ب : حجة الشافعي ، وحول رأي الشافعي حول هذه المسألة انظر كتاب الام جـ ٦ ص ١٢٤ ، ١٤٣ ، ومختصر المزني من كلام الشافعي (على هامش الام) حـ ٥ ص ١٦٦ وكتاب اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى (على هامش كتاب الام) حـ٧ ص١٥٠ وطبعة ابى الوفاء الافغاني ص٢٢٠-٢٢٦ ۰
(٦) ص ب : بدو الامر ۰ ف : في يده الامر ۰
(٧) س : رجمهما ۰
(٨) ص ب : حكما وهو سهو ۰
(٩) ب هـ ص : وانما نزل ۰
(١٠) سورة النور آية : ٢ ۰
(١١) س ف : بعد انصرافه من حنين ۰
(١٢) س : شريعته ۰
(١٣) س ل ص : حكم ۰
(١٤) ماعز : هو ماعز بن مالك الاسلمى المعترف بالزنا المرجوم قال ابن عبدالبر هو معدود في المدنيين كتب له رسول الله صلى الله عليه وسلم كتابا باسلام قومه روى عنه ابنه عبدالله حديثا واحدا رحمه الله انظر تهذيب الاسماء واللغات ٧٥/٢/١ رقم ٩٩ ، الاصابة ٣١٧/٣ رقم ٧٥٨٩ ، اسد الغابة : حـ ٥ ص ٨ رقم ٤٥٥٠ ، الاستيعاب : ٤١٨/٣ ۰
وحديث ماعز ورجمه قال ابن حجر اصله في الصحيحين من حديث ابي هريرة وابن عباس وجابر ولم يسم ورواه مسلم من حديث بريدة فسماه قال :
←

الله عنه ، والكافر ليس بمحصن على ما قال النبى صلى الله عليه وسلم :

« من اشرك بالله فليس بمحصن »(١٥) .

فبقى موجب زناه الجلد بظاهر(١٦) الآية .

جاء ماعز بن مالك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله طهرني ... الحديث (تلخيص الحبير : ٤/٥١_٥٢ رقم ١٧٤٦) قلت وقد رواه مسلم من حديث ابي سعيد فسماه ايضا فانظر صحيح مسلم : كتاب الحدود : حـ ٣ ص ١٣٢٠ رقم الحديث ٢٠ تسلسل ١٦٩٤ وما بعده ومن حديث ابن عباس وغيره ، وانظر المستدرك : ٣/٣٦١_٣٦٣ ، وسنن ابن ماجة : ٢/٨٥٤ رقم ٢٥٥٤ ، ونصب الراية : ٣/٣٠٨ ، ٣١٢ ، ٤/٧٤ ، ونيل الاوطار : ٦/٢٤٢ و ٢٤٦ ، ٧/٧٩_٨٦ ، شفاء الغليل للغزالي : ٢٩ وفي هامشه تخريج ، كتاب الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار للهمذاني : ٢٠٢ ، وعده السيوطي من الاحاديث المتواترة : (الازهار المتناثرة : ٣٢) وكذا فعل الكتانى (نظم المتناثر في الحديث المتواتر : ص ١٠٦ رقم ١٨٢) .

(١٥) حديث « من اشرك بالله فليس بمحصن » قال الزيلعى : رواه اسحاق ابن راهويه في مسنده اخبرنا عبدالعزيز بن محمد ثنا عبيدالله عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من اشرك بالله فليس بمحصن » انتهى قال اسحاق : رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقفه مرة انتهى . ومن طريق اسحاق بن راهويه رواه الدار قطنى في سننه ثم قال : لم يرفعه غير اسحق ، ويقال انه رجع عن ذلك والصواب موقوف انتهى وهذا لفظ اسحق بن راهويه في مسنده كما تراه ليس فيه رجوع وانما احال التردد على الراوى في رفعه ووقفه والله اعلم (نصب الراية : ٣/٣٢٧) وانظر الدراية : ٢/٩٩ رقم ٦٥٩ وانظر سنن الدارقطني طبعة الهند : ٢/٣٥٠ ورواه الديلمي في مسند الفردوس (كنز الحقائق في حديث خير الخلائق : ٢/٩٧) ورواه البيهقى عن ابن عمر موقوفا ومرفوعا بأسانيد عدة وعقد بابا باسم باب من قال من اشرك بالله فليس بمحصن في سننه الكبرى (٨/٢١٥_٢١٦) وانظره في المغنى (١٠/ ١٢٩) عند ٩٠

(١٦) هـ : بظاهر الرواية .

[حد شرب الخمر]

[١١٠٥] ذكر عن ابراهيم [أنه][١٧] قال :

لا يقام على أهـل الكتاب حـد في شرب[١٨] خمر ولا[١٩] زنا[٢٠] ٠

اما في شرب الخمر فنأخذ[٢١] بهذا الحديث ٠

لان الحدود انما شرعت زاجرة عن ارتكاب اسبابها[٢٢] ، وحرمة الخمر لم تثبت في دينهم ، فلا يحدون [على شرب الخمر ٠ و][٢٣] أما في الزنا فلا نأخذ بهذا الحديث ٠

لانهم يحدون ؛ لان الزنا حرام في الاديان كلها ٠

[يحكم بين المشركين باحكام المسلمين]

[١١٠٦] ذكر عن ابراهيم والشعبى [انهما][٢٤] قالا :

اذا أتاك المشركون فحكموك[٢٥] فاحكـم بحكـم الاسـلام ، ولا

---

(١٧) الزيادة من س ٠

(١٨) ل س هـ : في شرب الخمر ٠

(١٩) س : ولا في الزنا ٠

(٢٠) قول ابراهيم انه لا يقام على اهل الكتاب حد في شرب خمر ولا زنا روى عبدالرزاق ما يشبهه في باب حدود اهل العهد عنه وعن غيره فانظر المصنف ٦/٦٢ـ٦٤ وانظر السنن الكبرى : ٨/٢٤٦ ٠

(٢١) ك : نأخذ ٠ ف : فأخذ ٠

(٢٢) س : اشباهها ٠

(٢٣) الزيادة من ف ج م ب ٠ وفي ص : فلا يحدون عليه واما في الزنا ٠

(٢٤) الزيادة من س ص ٠

(٢٥) ف : يحكمون ٠

تعدل[٢٦] الى غيره ، أو اعرض عنهم ، وخلّهم وأهل دينهم[٢٧] .

لانهم لما حكموا صار الحكم[٢٨] كالقاضي المولى ، ولو رفعوا[٢٩] الامر الى القاضي للمولى تحكم[٣٠] بحكم المسلمين ؛ لقوله تعالى :

« وان احكم بينهم بما أنزل الله »[٣١] .

فكذا الحاكم المحكم .

[١١٠٧] ذكر[٣٢] بعد هذا آثارا عن الزهري[٣٣] وعن[٣٤]

---

(٢٦) س : ولا تعدو . هـ ص ب ل : ولا تعد .

(٢٧) حديث ابراهيم والشعبي رواه عبدالرزاق من طريق الثوري عن مغيرة عنهما (المصنف ٦/٦٣ برقم ١٠٠٠٨) والبيهقي في السنن الكبرى (٨/٢٤٦) .

(٢٨) ف : الحكم .

(٢٩) ف : رفع .

(٣٠) ك ب ل : يحكم بحكم .

(٣١) سورة المائدة آية : ٥٢ وفي نسختي ك هـ : بما انزل الله اليك وهو سهو .

(٣٢) ل : ذكر بعد هذا عن الزهري ...

(٣٣) الزهري : محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبدالله بن شهاب ابو بكر القريشي المدني ، ويقولون تارة الزهري وتارة ابن شهاب ينسبونه الى جد جده ، احد اعلام التابعين نزل الشام وروى عن سهل بن سعد وابن عمر وجابر وانس وغيرهم وروى عنه ابو حنيفة ومالك وعطاء بن ابى رباح وعمر بن عبدالعزيز ، وهما من شيوخه ، وابن عيينة ، والليث ، والاوزاعى ، وغيرهم ، وكان احفظ اهل زمانه توفى سنة اربع وعشرين ومائة . انظر ترجمته في تهذيب الاسماء واللغات : ١/١/٩٠-٩٢ رقم ٢٤ ، تذكرة الحفاظ : ١/١٠٨-١١٣ ، رقم ٩٧ . حلية الاولياء : ٣/٣٦٠ ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٤٢-٤٣ رقم ٩٥ وفيه احالات الى مصادر .

(٣٤) ف ب : عن (بسقوط الواو) .

الحسن وغيرهما كلها تدل على انهم اذا ترافعوا(٣٥) الامـر الى القاضى ، فالقاضى يقضى(٣٦) بينهم بحكم الاسلام(٣٧) ·

[اختصام اهل الذمة الى قضاة المسلمين]

[١ ـ في المواريث]

[١١٠٨] قال احمد بن عمرو صاحب الكتاب :

فاذا(٣٨) اختصم أهل الذمة ، وتحاكموا الى قاض من قضاة المسلمين فينبغى(٣٩) ان يحكم بينهم ، فـان كانت خصومنهم في مواريث حكم بينهم باحكام المسلمين وألزمهم ذلك(٤٠) وانفـذه عليهم لما تلونا من الآية ·

[٢ ـ في البيع والشراء]

وكذلك أشريتهم(٤١) وبياعاتهم(٤٢) يلزمهم من ذلك ما يلز المسلمين الا بيع الخمر والخنزير ، فانه يجوز(٤٣) بينهم ذلك ·

---

(٣٥) ف ل ب : ترافعوا الى القاضى بسقوط لفظة (الامر) وفي نسخة ص : رفعوا الامر ·

(٣٦) ف ل : فالقاضى يحكم ·

(٣٧) س : بحكم الله تعالى في الاسلام · وخبر الزهري رواه عبدالرزاق عن معمر عنه (المصنف : ٦٢/٦ رقم ١٠٠٠٧) ·

(٣٨) ف ل : واذا ·

(٣٩) ل : فينبغي له أن ·

(٤٠) س : والزمهم بذلك · ل : وألزمهم من ذلك ما يلزم المسلمين الا ببيع الخمر (بسقوط جملة من الفقرة) ·

(٤١) س ل : شراؤهم · ف : اشتراؤهم ·

(٤٢) ص : وتبايعاتهم ·

(٤٣) س : يجوز عندهم فان الدلالة ·

لان الدلالة [٢٤٧ ب] قد قامت[٤٤] لنا أن الخمر مال متقوم[٤٥] عندهم ، فالقاضى يجيز ذلك ويقضى بصحة العقد ، ووجوب[٤٦] الثمن على المشترى ٠

[٣ ـ في النكاح]

[١١٠٩] ذكر بعد هذا صاحب الكتاب مسائل كتاب النكاح :

منها :

ان الذمي اذا تزوج ذمية في دار الاسلام بغير شهود ٠

ومنها :

اذا تزوج امرأة بغير مهر[٤٧] ٠

ومنها :

اذا تزوج ذمية في عدة [من][٤٨] ذمي كان[٤٩] النكاح جائزا في هذه المواضع في قول ابي حنيفة ٠

وينبني على هذه المسائل تفريعات ، وقد ذكرنا هذه المسائل في كتاب النكاح في شرح المختصر ٠

---

(٤٤) ف : ذلك لان الدلالة ثمة قامت لنا ٠٠٠

(٤٥) ف ج م : متقوم عليهم ٠

(٤٦) ص س : ويوجب ٠ ل : وبوجوب ٠

(٤٧) قوله : (منها ان الذمي اذا تزوج ذمية ٠٠٠) الى هنا ليس في س ومتن ب ، وقد ثبتت على حاشية ب ٠

(٤٨) الزيادة من ف ٠

(٤٩) ف : فان النكاح جائز ٠

[٤ ـ في الربى]

[١١١٠] قال :

ولو أن نصرانيا أربى لم يجز ذلك ، ورد[٥٠] الزيادة ٠
لان الربا مستثنى من عهودهم[٥١] :
قال النبى صلى الله عليه وسلم :
« الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد » ٠
فصار هذا اكل مال الغير بالباطل ، فالقاضى يمنعه[٥٢] عن ذلك ٠

[٥ ـ في الطلاق]

[١١١١] قال :

ولو طلق الذمي امرأته ثلاثا ثم اقام عليها ، وخاصمته في ذلك لم يتركه الحاكم واياها ، بل يفرق بينهما ٠
لان الطلاق الثلاث قاطع للملك ، فاذا انقطع الملك كان امساكه اياها ظلما منه ، والظلم حرام ، فالقاضى يمنعه عن ذلك ٠

لكن لو تزوجها بعد ذلك فالقاضى لا يتعرض لهما ، لان الطلاق غير محصور بعدد عندهم ، فاذا تزوجها زال[٥٤] الظلم فلا يتعرض [لهما][٥٥] القاضى ، ما لم يسلما ، كما لو تزوج المجوسي

---

(٥٠) ف ح م : وترد الزيادة ٠ ل : ورد رباه ٠ ب : وردناه ٠
(٥١) ب ك هـ : عن عهودهم ٠ س : في عهودهم ٠
(٥٢) ل ص : يمنعهم ٠
(٥٤) س : فقد ازال ٠
(٥٥) الزيادة من س ٠

بذوات محارمه ، فان القاضى لا يتعرض لذلك(٥٦) ما لم يسلما ، فاذا اسلما فرق بينهما ، كذا هذا ٠

[٦ ــ في الزنى]

[١١١٢] قال :

ولو أن(٥٧) ذميا زنى ، ضرب الحد مائة سوط ، كما يضرب المسلم ٠

وكذا(٥٨) المرأة من أهل الذمة ٠

لقوله تعالى :

« الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة »(٥٩)٠

لكن خص من هذه الآية المحصن ٠ والكافر ، والكافرة ليسا بمحصنين [٢٤٨أ] ٠

[٧ ــ في السرقة والسكر والقذف]

[١١١٣] قال :

وكذا حد السرقة ، يقام على الذمي(٦٠) كما يقام على المسلم ٠

لانه ملتزم لذلك ٠

---

(٥٦) س : لا يتعرض لهما ما لم يسلما ٠ ومن قوله : (ما لم يسلما كما لو تزوج المجوسي بذوات محارمه ٠٠٠) الى هنا ليس في ص ٠

(٥٧) س : واذا زنى الذمي يضرب مائة سوط ٠

(٥٨) ك : وكذلك ٠

(٥٩) سورة النور : آية : ٢ ٠

(٦٠) من قوله : (ليسا بمحصنين ٠٠٠) الى هنا ليس في ل ٠

واما السكر :

[فقد] قال اصحابنا : لا بأس به ٠

وقال الحسن بن زياد ، اذا سكر الذمي من الخمر ضربته الحد ٠

هو[٦١] يقول : السكر في دينهم حرام ، فجاز أن يتعلق به الحد ، كالمسلم اذا شرب المثلث وسكر يلزمه[٦٢] الحد ، كذا ههنا[٦٣] ٠

ونحن نقول : الشرب مباح[٦٤] في حقهم مطلقا ، والحد لو تعلق انما يتعلق به لا بالسكر ، ولا كذلك السكر من المثلث ، لان شرب ما يحصل به السكر من المثلث حرام ، فجاز أن يتعلق به الحد ٠

واما القذف ، فان قذف بعضهم بعضا ، فلا حد على القذف ٠

لان المقذوف ليس بمحصن ، واحصان المقذوف شرط وجوب الحد على القاذف ، لكن يؤدب على ذلك كما لو قذف مسلما ليس بمحصن لا يحد ، ولكن يؤدب على ذلك ٠

[٨ ـ في اللعان]

[١١١٤] قال :

وكذلك[٦٥] لا لعان بين رجل منهم وبين امرأته ٠

---

(٦١) ف ك : وهو يقول ٠
(٦٢) ب : يلزم ٠
(٦٣) س : كذا هذا ٠
(٦٤) ف : الشرب ما حرم في حقهم مطلقا ٠
(٦٥) ف ج م : وكذلك اللعان ٠

لان اللعان فيما بين الزوجين بمنزلة حد القذف فيما بين(٦٦) الاجنبيين ٠

ولو قذف الذمية اجنبي لا حد على القاذف ، فاذا(٦٧) قذفها الزوج لا يجرى اللعان [بينهما](٦٨) ٠

والله تعالى اعلم بالصواب

---

(٦٦) س : بين الاختين وهو تصحيف ٠
(٦٧) س : فاذا قذفها فلا لعان ٠
(٦٨) الزيادة من ل ٠

الباب التاسع والسبعون

﴿ في القسمة ﴾

[جواز أخذ الاجر في القسمة]

[١١١٥] ذكر عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن عبدالله ابن يحيى كان يقسم لعلي رضي الله عنه الدور والارضين ويأخذ على ذلك أجرا[١] ٠

في الحديث دليل على جواز أخذ الأجر على القسمة ٠

وهذا لان عمل القسمة غير مستحق عليه ، فيجوز أخذ الاجر عليه كما في سائر الاعمال ٠

ثم قوله : ويأخذ على ذلك اجرا محتمل ، يحتمل أنه[٢] كان يأخذ[٣] من علي رضى الله عنه، ويحتمل أنه كان يأخذ من الناس ٠

فان كان المراد منه الاول كان دليلا على جواز اعطاء الاجـــر للقاسم من مال بيت المال [٢٤٨ب] ٠

---

(١) قوله ذكر ان عبدالله بن يحيى كان يقسم لعلي رضي الله عنـــه الدور والارضين ويأخذ على ذلك أجرا رواه محمد بن الحسن عن يحيى بن جزار وشرحه السرخسي في المبسوط : جـ١٥ ص٤ ، و جـ١٦ ص١٠٢ ورواه ابن السمناني في روضة القضاة : ٧٩٨/٢ الفقـــرة ٥٣٣١ والماوردي في ادب القاضي : ١٧٢/٢ في الفقرة ٢٥٩٦ ، وانظر المغنى جـ١١ ص٥٠٧ ، والشرح الكبير : ٥١١/٥ ٠

(٢) ك : بانه ٠

(٣) هـ : أخذ ٠

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وهذا لأن القسمة من عمل القضاة ؛ الا ترى أن القوم اذا طلبوا من القاضي القسمة تجب عليه القسمة ، كما لو طلبوا من القاضي القضاء ، وأجر [٥] القضاء في مال بيت المال ، فكذا أجر[٦] أعوانه ، فصار القاسم بمنزلة الكاتب ، وأجر الكاتب في مال بيت المال ، فكذا أجر القاسم ٠

وان كان المراد منه الثاني كان دليلا على جواز أخذ الاجر من الناس للقاسم ٠

فرق[٧] بينه وبين القاضي ، فان القاضي لا يجوز له [أخذ][٨] الاجر من الناس ٠

والفرق : ان القضاء قربة وطاعة لله تعالى ؛ لأنه دفع[٩] الظلم عن المظلوم ، فصار القضاء نظير تعليم القرآن وتعليم الفقه ونحوهما ، ولا يجوز أخذ الاجر على هذه الاعمال ، فكذا على القضاء ٠

فأما القسمة [فانها][١٠] ليست بقربة وطاعة ، فجاز أخذ الاجر عليه كسائر الاعمال ٠

---

(٤) ل : القضاء

(٥) ف هـ ل : اجر القاضي ٠ س : لما لو طلبوا من القاضي الحكم وقضى وأجر القاضي في بيت المال فكذا اجرة اعوانه ٠

(٦) ل : فكذا أجر القاسم ٠

(٧) ف ج ك : ثم فرق ٠

(٨) الزيادة من س هـ ص ب ٠

(٩) س : ورفع

(١٠) الزيادة من ل و في ل : فليست ٠

[صفة القاسم]

[١١١٦] قال :

وينبغي للقاضي أن يتخذ قساما من أهل الثقة[١١] والامانة •
لان القسمة من جملة عمل القضاء ، كالكتابة ، فكان [ذلك][١٢]
على القاضي ، لكن القاضي قل مايتفرغ للقسمة، فيتخذ قساما[١٣]
من أهل الثقة والامانة حتى لا يميل بأخذ[١٤] الرشوة الى البعض
[دون البعض][١٥] ، كما يتخذ كاتبا من أهل الثقة والامانة •

[اجرة القاسم من بيت المال]

[١١١٧] فاذا اتخذ فالافضل أن تكون[١٦] أجرته من [مال]
بيت المال •

قال في الكتاب :

لأنه أرفق بالناس •

معناه : ان هذا أبعد عن التهمة •

ولأنه متى علم أن أجر عمله يصل اليه على كل حال لا .
بأخذ[١٧] الرشوة الى البعض ، فكان هذا أرفق بالناس ، فلهـــ
جعل[١٨] في بيت المال كما في الكاتب •

---

(١١) س : من اهل الفقه •
(١٢) الزيادة من س •
(١٣) ف ج س ل : قاسما •
(١٤) ص : لأخذ •
(١٥) الزيادة من ف هـ •
(١٦) ف ل ب : أن يجعل اجرته •
(١٧) ص : لأخذ •
(١٨) ب : جعله •

[جواز اخذه الاجرة من المتخاصمين]

[١١١٨] وان[١٩] جعل أجره على من يقسم له فلا بأس به ٠
لأن منفعة عمله حصلت له فيجب[٢٠] أن تكون المؤونة عليه كما في الكاتب اذا جعل أجرته على من يكتب له ، يجوز ، كذا هذا ٠

لكن[٢١] ينبغي أن يقدر له الاجر مقدار أجر مثل عمله ؛ حتى لا يتحكم على الناس ، فيأخذ زيادة[٢٢] على أجر مثل عمله ٠

[لا يجبر القاضي الناس على قاسم معين]

[١١١٨] قال : [٢١٩ أ]

ولا ينبغي للقاضي أن يجبر الناس على أن يستأجروا قاسمه[٢٣] ٠

لأنه لو فعل ذلك تحكم القاسم على الناس ٠

[اصطلاح الشركاء في القسمة دون الرجوع الى القاضي]

[١١١٩] قال :

فاذا[٢٤] اصطلح الشركاء على قسمة غيره ، ولم يرجعوا[٢٥] الى القاضي ، فذلك جائز عليهم ٠

---

(١٩) ب : قال جعل ٠
(٢٠) ل س : فيجوز أن تكون المؤونة عليه ٠
(٢١) ل : لكن ينبغي للقاضي أن يقدر ٠
(٢٢) ص ل ب هـ : الزيادة ٠ وقد سقطت من ف ج م ٠
(٢٣) س : قاسم واحد لئلا يتحكم في الناس ٠
(٢٤) ل ص : فان اصطلحوا يعني الشركاء ٠
(٢٥) ل س : ولم يرفعوا ٠ ف : ولم يرضوا ٠

لان في القسمة معنى المعاوضة ، وتمييز الملك ، فتثبت[٢٦] بالتراضي ؛ كسائر المعاوضات •

فان كان فيهم صغير أو غائب ، لم تجز القسمة على الاصطلاح بينهم ، الا أن يكون القاضي أمر بقسمتها •

لأن سبب ثبوت ولاية القسمة هنا اصطلاح القوم فيما بينهم ، وتراضيهم • ورضاهم لايكون حجة على الصغير والغائب ، فلم تجز الا أن يكون القاضي يأمر بقسمتها •

فاذا أمر جاز ذلك على الصغير والغائب •

لأن سبب ثبوت ولاية القسمة هنا أمر القاضي ، وللقاضي ولاية الحفظ في مال الصغير والغائب ، فتجوز هذه القسمة •

[أجر القسمة على الرؤوس او على الانصباء]

[١١٢٠] وأجر القسمة للقاسم على الصغير والكبير والذكر والانثى على عدد الرؤوس في قول أبي حنيفة رحمه الله •

وقالا :[٢٧] على قدر الانصباء •

هما يقولان : هذه مؤونة لحقتهم[٢٨] بسبب الملك ، فتتقدر بقدر الملك قياسا على المنفعة الحاصلة من الملك ، وهي الثمار ، والربح ، والولد •

وأبو حنيفة رحمه الله يقول :

---

(٢٦) ص : فيثبت • ف : فثبتت •

(٢٧) س ل ب : وقال أبو يوسف ومحمد •

(٢٨) هـ ف : لحقهم • ب : تخصهم •

عمل[٢٩] القاسم واقع لصاحب القليل ولصاحب الكثير بصفة واحدة ؛ لأن عمله في تمييز الانصباء ، وتمييز نصيب[٣٠] صاحب الكثير ونصيب صاحب القليل بصفة واحدة ، فاذا استويا كان الأجر عليهما على السواء •

قال[٣١] في الكتاب :

وجعل قولهما استحسانا ، وقول أبي حنيفة رحمه الله قياسا •

وانما جعل قولهما استحسانا بالاستنكار[٣٢] ؛ لأن الناس يستنكرون أن يكون على صاحب الاقل من الاجرة[٣٣] ما يكون على صاحب الاكثر •

[لا يترك القاضي في قسامه يشتركون]

[١١٢١] قال :

ولا ينبغي[٣٤] للقاضي أن يترك قسامه [٢٤٩ب] أن يستركوا •

---

(٢٩) ل س : عمل القسام • ك : على القاسم •

(٣٠) ب : وتمييز صاحب الكثير • س : وتمييز نصيب صاحب الكثير لتمييز نصيب صاحب القليل ، فاستوى فيكون عليهما على السواء •

(٣١) هـ ف : قال في جعل قولهما • ب : قال في الكتاب جعل قولهما •

(٣٢) س ف ج ب : بالاستكثار لان الناس يستكثرون • ص ل هـ : استحسانا لاستنكار الناس •

(٣٣) س : مثل الاجر على صاحب الاكثر •

(٣٤) س : وينبغي لنفاضي أن يترك قسامه يشتركون (كذا وهو سهو) •

لأنهم ادا اشتركوا فاذا[٣٥] دعي هذا الى القسمة يمتنع[٣٦] ، واذا دعي ذلك الى القسمة يمتنع[٣٧] حتى يتحكموا على الناس [في الاجر] •

هذا معنى ما أشار [اليه][٣٨] في الكتاب : كيلا يتحكموا[٣٩] على الناس •

أما اذا منع[٤٠] من الاشتراك فمتى[٤١] دعي أحدهم الى القسمة رغب[٤٢] مخافة أن يجيب الآخر ، ويكسر بعضهم بعضا ، فيكون ذلك انفع للناس •

هذا معنى ما أشار اليه في الكتاب : لأنهم اذا لم يكونوا شركاء كسر بعضهم بعضا •

[اثبات ملكية الشيء قبل القسمة]

[١١٢٢] قال :

واذا حضر القاضي قوم[٤٣] فأقروا أن في ايديهم ضيعة ، ، دارا ، أو حانوتا ، وسألوه قسمة ذلك بينهم ، وقالوا : هو في أيدينا ميراث[٤٤] عن أبينا ، فان [على][٤٥] قول أبي حنيفة رحمه

---

(٣٥) ل : فربما اذا دعي
(٣٦) ف ج م ب : تمنع
(٣٧) ف ج م ب : تمنع
(٣٨) الزيادة من ب ل س •
(٣٩) ل : يتحكم
(٤٠) ف ج م ص : تمنع • س : منعهم
(٤١) ل : فانه اذا دعي أحدهم الى القسمة
(٤٢) ك : يرغب • س : لبرغب
(٤٣) س : قوما •
(٤٤) س ل : ميراثا
(٤٥) الزيادة من س ب

الله القاضي لا يقسم ذلك بينهم[٤٦] باقرارهم حتى تقوم بينة على ذلك أنه كان لأبيهم ، وأنه مات ، وتركه ميراثا ، وعلى عـــدد الورثة ٠

وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : يقسم ذلك بينهم باقرارهم ، ويكتب : انه قسم ذلك باقرارهم ، وجعل كل خصـم يحضر على حجته ٠

واجمعوا : أنهم اذا قسموا ذلك في ما بينهـــم أن القاضـــي لا يمنعهم ٠

واجمعوا : أنهم اذا أقروا ان ذلك في ايديهم بحكم الشراء ، وسألوا القاضي قسمتها بينهم ، فان القاضي يقسم ذلك بينهم[٤٧] ٠

واجمعوا : أنه لو كان مكان العقار منقول ، فأقروا أنه فـــي ايدينا ميراث[٤٨] عن أبينا ، وسألوا القاضي القسمة ، قســـم القاضي بينهم ٠

فأبو[٤٩] يوسف ومحمد سويا في الارث بين العقار والمنقول ، وفي العقار بين الارث والشراء ٠

وابو حنيفة رحمه الله فرق ٠

وحق[٥٠] المسألة كتاب القسمة ٠

---

(٤٦) من قوله : (بينهم وقالوا هو في ايدينا ميراث ٠٠) الى هنا ليس في ص ٠

(٤٧) لفظة (بينهم) ليست في ص ٠

(٤٨) ل س : ميراثا ٠

(٤٩) ص : فهما سويا ٠

(٥٠) ب : ووجوه المسألة ٠

[حدوث الضرر في القسمة]

[١١٢٣] قال :

وان كانت دار(٥١) في يدي رجلين فطلبا القسمة جميعا ، وتراضيا بذلك ، وليس نصيب كل واحد منهما ما ينتفع به ، فان القاضي يقسم ذلك بينهما(٥٢) ٠

لأن الملك لهما ، وقد تراضيا بهذا [٢٥٠ أ] الضرر(٥٣) ٠

وان طلب أحدهما القسمة ، وأبى الآخر لم(٥٤) يقسم القاضي ٠

لأن الطالب متعنت ٠

وان كان الضرر يدخل على أحدهما ؛ بأن كان نصيبه قلـ لا يبقى منتفعا [به](٥٥) بعد القسمة ، ونصيب الآخر كثيرا(٥٦) يبقى منتفعا [به] بعد القسمة ، فطلب احدهما القسمة فهذا على وجهين :

أما ان طلب(٥٧) صاحب الكثير الدي يبقى نصيبه منتفعا به وأبى الآخر ٠

---

(٥١) هـ ف ب ك : كان دارا ٠ ص : كان دار

(٥٢) ف : بينهم ٠

(٥٣) ص : بهذه الصور ٠

(٥٤) ب : ولم ٠

(٥٥) الزيادة من ص ف س هـ

(٥٦) ك : كثير ٠

(٥٧) ب ف ل ص : يطلب ٠

أو طلب[٥٨] صاحب القليل الذي لا يبقى نصيبه منتفعا به ، وأبى صاحب الكثير ٠

ففي الوجه الاول : يقسم القاضي[٥٩]

وفي الثاني : لا [يقسمه][٦٠]

هكذا ذكر الخصاف ٠

وذكر الجصاص على عكس هذا ، فقال : ان طلب صاحب الكثير وابى صاحب القليل فالقاضي لا يقسم ، وان طلب صاحب القليل وأبى صاحب الكثير فالقاضي يقسم[٦١] ٠

وما ذكر الخصاف أصح ٠

لأن في الوجه الاول الطالب غير متعنت ، بل متظلم ؛ فانه سال[٦٢] القاضي أن[٦٣] يمنع شريكه من الانتفاع بملكه ، فالقاضي يجيبه الى ذلك ٠

---

(٥٨) ف ل ص : يطلب ٠

(٥٩) ف ص : القاضي يقسم ٠ ل : القاضي يقسم ذلك ٠

(٦٠) الزيادة من ل ٠

(٦١) ل : يقسمه ٠ وعبارة الجصاص كما في نسخة مكتبة ليدن على الصورة التالية : « قال [أي الخصاف] : وان كان الضرر يدخل الى أحدهما لان نصيبه قليل والآخر نصيبه كثير فطلب صاحب النصيب الكثير القسمة وأبى الآخر فان ابا حنيفة وأبا يوسف قالا : يقسم بينهما من قبل ان الضرر لا يلحقهما وانما لحق صاحب اليسير ليميز حق الغير من حقه وهذا ليس هذا [كذا] في الحقيقة ضررا في ملكه وانما هو ضرر عليه في هذه الحالة لانه قبل هذا كان ينتفع بنصيب صاحب النصيب الكثير فلصاحب الكثير أن يمنعه من الانتفاع بنصيبه بالقسمة » (انظر ادب القاضي للخصاف مما علق عن ابي بكر الجصاص الورقة ١٩٦ب ـ ١٩٧ أ) ٠

(٦٢) ل : سال من القاضي ٠

(٦٣) س : أن لا يمنع

وفي الوجه الثاني الطالب متعنت ، فالقاضي لا يجيبه الـــى ذلـــك ٠

ثم المال المشترك بين جماعة اذا طلب احدهم من القاضـــي القسمة وأبى الآخرون[٦٤] ، فهذا على ثلاثة أوجه :

أما أن لا يكون فيه تفاوت ، ويمكن اعتبار المعادلة في المنفعة؛ كالدراهم ، والدنانير ، والمكيل ، والموزون ٠

أو يقل فيها التفاوت نحو الثياب من صنف واحد ٠

أو يكون[٦٥] التفاوت كثيرا ؛ بان كانت[٦٦] الثياب مـــن أجناس مختلفة ٠

ففي الوجه الاول : يقسم القاضي[٦٧] ؛ لأن هذا تمييـــز محض ، وكل واحد منهما لو ميز نصيبه بنفسه جاز ، فكـــان للقاضي أن يعينه على ذلك ٠

وفي الوجه الثاني : كذلك ؛ لأن التفاوت الذي[٦٨] يكون في ما بين الثياب يسير[٦٩] فيمكن القاضي اعتبار المعادلة في المنفعة [٢٥٠ب] فكان للقاضي أن يقسم [ذلك][٧٠] ٠

وفي الوجه الثالث : لا [يقسم][٧١] ، بل يتركهم حتـــى

---

(٦٤) ف ل ص ب : الآخر

(٦٥) ل ب : أو يكثر التفاوت فيها بأن كانت ٠

(٦٦) في الاصل وسائر النسخ : كان والتصحيح من ل ب ٠

(٦٧) ف : القاضي يقسم ٠ ل : القاضي يقسم ذلك ٠

(٦٨) س : الذي يكون من جنس واحد يسير يمكن للقاضي ٠

(٦٩) ل : شيء يسير ٠ ف : يسيرا ٠

(٧٠) الزيادة من ل ٠

(٧١) الزيادة من ل ٠

يقسموا في ما بينهم ؛ لان الثياب اذا كانت أجناسا مختلفة ، فالقسمة تكون مبادلة ، والقاضي لايجبر الناس على المبادلات ·

[قسمة الرقيق]

[١١٢٤] قال :

وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا أقسم الرقيق قسمة واحدة ، بل أقسم كل رقيق[٧٢] على حدة وليس بشبه[٧٣] سائر الحيوانات ·

وقال[٧٤] ابو يوسف ومحمد رحمهما الله : يقسم الرقيق قسمة واحدة ، فيجمع القاضي نصيب احدهما في بعض الرقيق ، ونصيب الآخر في البعض ، ويقسمها بهذه الصفة ، كما في الثياب ·

والمسألة معروفة في كتاب القسمة[٧٥] ·

[قسمة اللؤلؤ والجواهر]

[١١٢٥] قال :

وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا أقسم اللؤلؤ ، ولا الجواهر · علل في الكتاب وقال[٧٦] :

لأن تفاوت ذلك كثير ·

---

(٧٢) س : كل واحدة على حدة ·

(٧٣) ل : وليس يشبه هذا سائر الحيوان ·

(٧٤) ص : وقالا ·

(٧٥) ك : كتاب الرقيق · والتصحيح من سائر النسخ ·

(٧٦) ل : وقال : الا ترى ان تفاوت ذلك كثير ·

قال الجصاص[٧٧] :

وهذا التعليل اشـــارة الى الكبـــار من اللآلى واليواقيـت والجواهر[٧٨] ، اما اذا كان صغارا [فانه][٧٩] يقسم[٨٠] ٠

وقال غيره : لا ، بل هذا التعليل[٨١] في اللؤلؤ واليواقيت[٨٢] والجواهر مطلقا ، فان صاحب الكتاب ذكره مطلقا ٠

ووجه ذلك أن بين اللآلىء واليواقيت والجواهر[٨٣] مطلقـا تفاوتا[٨٤] ٠ وهذا التفاوت اكثر من التفاوت فيما بين العبيد ؛ فان اللآلىء والجواهر واليواقيت لا تجب في الذمة بعقـــد[٨٥] ، سواء كان العقد معاوضة مال بمال أو معاوضة مـــال بما ليس بمال ؛ حتى لو تزوج المرأة[٨٦] على لؤلؤة ، أو خالع امرأته على

---

(٧٧) ص : قال الخصاف (وهو سهو) ٠

(٧٨) ص : والجواهر مطلقا ٠

(٧٩) الزيادة من ل ٠

(٨٠) قوله : قال الجصاص وهذا التعليل اشارة الى الكبار من اللآلىء والي ٠٠٠٠ الخ وعبارة الجصاص كما في نسخة مكتبة ليدن كالآتي : « الخصاف : وقال أبو حنيفة رضي الله عنه : لا ا قسم اللؤلؤ والياقوت والجوهر لان تفاوت ذلك كبير ، وانكر الشيخ [أي الجصاص] هـــذه الرواية وقال : ينبغي أن يقسم لان أهل المعرفة والخبرة يعرفون قيمتها فيقسم كل جنس على حدة كسائر الاموال » انظر الورقة ١٩٧ آ ٠

(٨١) س : لا بل هذا التعليل مطلق في الكل ٠

(٨٢) ص : والياقوت والجوهر

(٨٣) من قوله : (اما اذا كان صغارا فانه يقسم ٠٠٠) الى هنا ليس في هـ ٠

(٨٤) في الاصل وسائر النسخ تفاوت ٠ والتصحيح من ل ، ولانه اسم ان

(٨٥) ك ف ص ب : بعقد ما كان والتصحيح من ل ٠

(٨٦) هـ : امرأة ٠

ذلك لا تصح[٨٧] التسمية ، والعبد يجب في الذمة بعقد معاوضة مال[٨٨] بما ليس بمال ، ثم العبد لا يقسم قسمة واحدة ، فاليواقيت والجواهر أولى[٨٩] ٠

[وجود الخصم في القسمة]

[١١٢٦] قال :

واذا جاء وارث واحد ، وليس معه أحد من الورثة ، فأقام البينة على دار أو ضيعة في يده أنها ميراث من ابيه بينه وبين ورثة والده ، وأقام البينة على عدد الورثة [٢٥١ أ] فانه لا يقسم ذلك ٠

علل في الكتاب وقال : من قبل أنه ليس معه خصم [حاضر][٩٠] من الورثة ٠

معناه أن قسمة القاضي قضاء من القاضي ، والقضاء يعتمد المقضى عليه[٩١] والمقضى له ٠

[١١٢٧] قال :

فان حضر معه وارث آخر فهو خصم ٠

لأن الواحد من الورثة ينتصب خصما[٩٢] في التركة ، فيكون خصما له ، فيقبل بينته ، ويقسم بينهم ٠

---

(٨٧) ف : ذلك صح التسمية ٠

(٨٨) ص : مال بمال ثم العبيد ٠

(٨٩) ص : مال أولى ٠

(٩٠) الزيادة من س ٠

(٩١) قوله (عليه) ليس في ص ٠

(٩٢) ب : خصما عن الباقين في التركة ٠

[الخصم في القسمة صغير أو غائب]

[١١٢٨] قال :

وان[٩٣] كان في الورثة صغير ، أو غائب ، فهذا على وجهين :

أما أن لا يكون في يد الغائب أو في[٩٤] يد أم الصغير شيء ، بل الكل في يد الحاضرين ، أو كان ٠

فان لم يكن فالقاضي لا يقسم ما لم يكن على[٩٥] الصغير وصي ، وعلى الغائب وكيل ، فالقاضي ينصب للصغير وصيا يقوم بأمره بالقسمة ، ويقبض حقه ، ويجعل للغائب وكيلا ، وأمرهم[٩٦] بالقسمة ٠

لأن[٩٧] القضاء على وصي الصغير قضاء على الصغير ، والقضاء على وكيل الغائب قضاء على الغائب ٠

وان كان في يد الغائب من ذلك شيء لم يقسم حتى يحضر الغائب ٠

قال في الكتاب :

أو تقوم[٩٨] البينة على ان ذلك ميراث بينهم ، وعلى عدد الورثة ، واذا قامت تقسم ٠

---

(٩٣) ل : واذا ٠

(٩٤) س ل : وفي (بالواو)

(٩٥) س ل : عن الصغير ٠

(٩٦) ص : ويأمرهم ٠

(٩٧) ب : لان القاضي ٠ (وهو سهو)

(٩٨) س : او يقيم

هكذا ذكر ههنا ، وجوز القضاء على الغائب ٠

وذكر في الجامع [الصغير][99] أنه لايقسم وان قامت البينة ما لم يحضر الغائب ٠

فصار في المسألة روايتان ، ومازاد على هذا يعرف[100] في الجامع ٠

وكذلك لو كان في يد أم الصغير شيء من نصيب الصغير فالجواب كذلك ٠

[قسمة الدور]

[١١٢٩] قال :

وان[101] كانت دور[102] كثيرة في مصر واحد ، فان ابا حنيفة رحمه الله قال : أقسم كل دار على حدة ، ولا أجمع[103] نصيب احدهما في بعض الدور ونصيب الاخر في بعض الدور ٠

وقالا[104] : الرأي في ذلك الى القاضي ، ان[105] رأى النظر في أن يقسم كل دار على حدة فعل ، وان رأى النظر في أن يقسم[106] جملة فعل ٠

---

(٩٩) الزيادة من ف ج م ٠
(١٠٠) ف : يفرق
(١٠١) ل : فان
(١٠٢) ف : دورا
(١٠٣) ف : واجمع (بسقوط لا)
(١٠٤) ل س : وقال أبو يوسف ومحمد الرأي في ذلك ٠٠
(١٠٥) ل : فان ٠ ب : ان رأى ان النظر ٠
(١٠٦) س : يقسمها ٠

فهما[107] ما اطلقا الجواب في الدور [٢٥١ ب] كما اطلقا في الرقيق ، بل فوضا ذلك الى رأي الامام[108] •

واجمعوا انه اذا كان بينهم دار وأرض ، أو دار وحانوت ، يقسم كل واحد منهما على حدة ، ولم يجمع نصيب واحد في احد الصنفين •

هكذا[109] ذكر ههنا ، وجعل الدار مع الحانون جنسين مختلفين •

وذكر في كتاب الاجارة[110] ما يدل على أنهما كجنس واحد•

لأنه[111] قال : اذا أجر منافع الدار بالحانوت لا يجوز ، وجعل منافعهما كجنس واحد •

[و][112] قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني :

أما أن يكون في المسألة روايتان ، أو يكون هذا من مشكلات هذا الكتاب •

وأما البيوت اذا كانت مشتركة بين اثنين ، وطلب احدهما القسمة من القاضي ، فان القاضي يقسم ذلك ، سواء كانت البيوت في محلة واحدة ، أو في محال •

---

(١٠٧) ف : فهما اطلقا •

(١٠٨) س : راي القاضي •

(١٠٩) ب : فكذا ذكر •

(١١٠) س : الاجارات •

(١١١) س : فانه •

(١١٢) الزيادة من ل •

لأن التفاوت بين البيوت يسير

وأما المنازل [فانها][113] اذا كانت[114] مشتركة بين اثنين فطلب أحدهما من القاضي القسمة [فانه][115] ينظر :

ان كانت متصلة بعضها ببعض في محلة واحدة قسم ٠

وان كانت في محال مختلفة لا يقسم[116] ٠

لأن المنازل فوق البيوت ودون الدور في التفاوت فيعمل بهما، وطريق العمل بهما[117] ما قلنا ٠

[١١٣٠] قال :

وان كان البناء والدار بين اثنين ، فطلبا القسمة من القاضي ، فان على قول أبي حنيفة رضي الله عنه يقسم القاضي[118] العرصة بالمساحة فاذا وقع البناء في احد الجانبين ، فان الذي وقع البناء في نصيبه يرد نصف قيمة البناء الى شريكه دراهم ٠

وعلى قول ابي يوسف رحمه الله : تقوم العرصة والبناء اولا يقسم[119] ذلك باعتبار القيمة[120] بينهما ٠

---

(١١٣) الزيادة من ل ٠

(١١٤) ك ف ب هـ : كان مشتركا ٠

(١١٥) الزيادة من ل ٠

(١١٦) ب س ل : لم يقسم ٠

(١١٧) ص : بها

(١١٨) ف ل : القاضي يقسم العرصة ٠

(١١٩) س : والبناء ولا يقسم

(١٢٠) ف : القيمة ٠

وعلى قول محمد رحمه الله : يقسم الارض بينهما ، فاذا وقع البناء في أحد الجانبين ، فصاحب البناء يرد على صاحبه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة ، واذا بقي فضل مع ذلك [و](١٢١) لا يمكن تحقيق التسوية من [٢٥٢ أ] هذا الوجه حينئذ يصار الى الدراهم ، ويرد الفضل دراهم على صاحبه ٠

وحق المسألة كتاب القسمة ٠

[تحديد الارضين والدار والعقاراب في القسمة على وجه يقطع المنازعة]

[١١٣١] قال(١٢٢) :

ولا يقسم شيئا(١٢٣) من الارضين والدور والعقارات حتى يصور ذلك [ويعرف ما كان حولها ، ما كان شارعا الى الطريق أو الى دار ، أو الى شرب ، ويسوى(١٢٤) ذلك](١٢٥) على السهام التى(١٢٦) يريد ان يقسمه(١٢٧) عليها ٠

لأن القسمة انما تكون على وجه لا يتضرر(١٢٨) [به] أحدهما ، وتنقطع منازعتهما ٠

---

(١٢١) الزيادة من ف م ب ٠

(١٢٢) قوله : « قال » ليس في ص ٠

(١٢٣) س : شيء

(١٢٤) ص : ويسرد ذلك ٠

(١٢٥) الزيادة من ف ب س ص

(١٢٦) ف ك : الذي

(١٢٧) ف ك : يقسم

(١٢٨) س : لا ينفرد احدهما ٠ ب : لا يتضرر ولا ينفرد احدهما

وانقطاع منازعتهما انما يكون بان لا يبقى لكل واحد منهما في نصيب صاحبه طريق ، ولا مسيل[129] ، ولا شيء ، فيجعل لاحدهما طريقه[130] ، ومسيل مائه الى ظهر داره ان أمكن . وان لم يمكن بان كان ظهرها[131] الى دار رجل [فانه][132] يجعل الطريق ومسيل الماء[133] في نصيب صاحبه ، ثم يفعل كما قال في الكتاب نفيا للتهمة .

[تدوين كتاب القسمة]

[١١٣٢] قال :

ويكتب القاضي كتاب القسمة .

لأن القسمه من اعمال القضاء ، فيكتب القاضي كتاب القسمة ، ويكتب نسختين : تكون احداهما[134] في أيدي الشركاء والاخرى في ديوان[135] القاضي ، حتى اذا ضاع ما في ايديهم يرجع في ذلك الى النسخة الاخرى .

[المهايأة في القسمة]

[١١٣٣] قال :

والثوب الواحد لا يقسم .

---

(١٢٩) ب : ولا مسيل ماء ولا شيء .
(١٣٠) س : طريق ومسيل ماء
(١٣١) ك ب ل ف : ظهره
(١٣٢) الزيادة من ل .
(١٣٣) ك ف م : ومسيل مائه
(١٣٤) س ف ك : احدهما . وقد سقطت من ص .
(١٣٥) ب : في أيدي القضاة .

أراد بالثوب الواحد القميص ؛ لأنه لا ينتفع كل واحد منهما بنصيبه بعد القسمة ٠

[١١٣٤] وكذا البيت الصغير والحمام٠

لما قلنا يتهايآن(١٣٦) ٠

والله أعلم بالصواب



(١٣٦) ف : لكنهما متباينان ٠ وقوله يتهايآن أي يتوافقان قال في القاموس وتهايأوا توافقوا والمهايأة الامر المتهايأ عليه (قاموس : هيأ : ٣٦/١) ٠

الباب الثمانون

في دعوى بعض الورثة الغلط في القسمة[1]

[١١٣٥] الاختلاف في هذا الباب على خمسة أوجه :

احدها : أن يدعي احدهما القسمه ، والآخر ينكر ٠

والثاني : أن يدعي أحدهما فيقول : اصابني[2] بالقسمة ستون ذراعا هذا واصابك أربعون ذراعا هذا ٠ وقال الآخر : لا ، بل يصيبني[3] ذلك ٠

والثالث : اذا اتفقا[4] أن كل واحد منهما أصاب خمسين ذراعا ، لكن ادعى احدهما : انك قبضت ستين ذراعا ، وانا قبضت أربعين ذراعا ، وقال الآخر : لا ، بل[5] قبض كل واحد منا [٢٥٢ ب] خمسين ذراعا ٠

والرابع : أن يدعي احدهما الغبن[6] في القسمة والآخر نكر ٠

والخامس : أن يقر بالاستيفاء ، ثم ادعى عليه أنه غصب شيئا من نصيبه ٠

---

(١) سقط العنوان من نسخة ف ومحله بياض فيها ٠

(٢) س : اصابه ٠ ب ل : اصابني في القسمة ٠

(٣) ب ل ص : نصيبي ٠

(٤) قوله : (اذا اتفقا) ليس في ص ٠

(٥) ف : وقال الآخر بل قبض (بسقوط الحرف لا)

(٦) في ك وفي سائر النسخ : الغبن ٠

ففي الوجه الاول والثاني يتحالفان ٠

لأن القسمة مبادلة ، فتعتبر بالبيع[7] ، فاذا وقع الاختلاف في أصل البيع ، أو في مقدار المبيع يتحالفان ، فان نكل[8] واحد منهما لزمه دعوى[9] صاحبه ٠

وان حلفا ترادا القسمة ، ويستقبل القسمة استقبالا ٠

وكذا في الوجه الثالث ؛ لأنهما اختلفا في مقدار المقبوض ، والقبض[10] له شبه بالعقد ، فصار بمنزلة الاختلاف في مقدار المبيع[11] ٠

وفي الوجه الرابع : لا يلتفت اليه كما في البيع ٠

وفي الوجه الخامس : لما أقر بالاستيفاء التحق بسائر املاكه فدعواه الغصب شيئا منه ، ودعوى غصب [شيء][12] آخر سواء ، فتكون عليه البينة وعلى الآخر اليمين ٠

فمسائل الباب تدور على هذه الاوجه ٠

[١١٣٦] اذا عرفنا هذا قال[13] صاحب الكتاب :

---

(٧) س : بالمبيع ٠

(٨) ب : فان كل واحد ٠

(٩) ل : دعوى الآخر ٠

(١٠) ص : والمقبوض له

(١١) ك ف : البيع ٠

(١٢) الزيادة من س ص ب

(١٣) ب : فان صاحب الكتاب

اذا قسمت الدار والارض بين الورثة ، فانكر بعضهم أن يكون استوفى نصيبه ، فشهد عليه قاسما القاضي اللذان توليا القسمة بينهما : أنه استوفى نصيبه ، فان شهادتهما جائزة عليه في قول أبي حنيفة [14] وابي يوسف ومحمد رحمهم الله •

هكذا ذكر صاحب الكتاب

وذكر في كتاب القسمة وقال : على قول محمد رحمه الله لا تقبل •

وهذا الخلاف مشهور في هذه المسألة

وحق المسألة كتاب القسمة •

والله أعلم بالصواب

★ ★ ★

(١٤) ص : في قول ابي حنيفة وصاحبيه •

الباب الحادي والثمانون

في نكاح الصغيرة

[جواز نكاح الصغيرة اذا كانت تطيق ذلك]

[١١٣٧] ذكر حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت سبع سنين ، ودخل[١] بها وهي بنت تسع سنين[٢] .

هكذا ذكر الخصاف

وذكر [٢٥٣ أ] محمد في كتاب النكاح ، والخصاف[٣] بعد هذا الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين[٤] .

---

(١) ب : فدخل

(٢) حديث عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت سبع سنين ودخل بها وهي بنت تسع سنين رواه الجماعة عنها في حديث صحيح . فقد رواه البخاري في مناقب الانصار من صحيحه (٢/٢٢١) ومسلم في النكاح من صحيحه (٢/١٠٣٨ ـ ١٠٣٩ ، رقم ٦٩ ـ ٧٢ وتسلسله العام ١٤٢٢) وابو داود في النكاح (سنن : ٢/٢٣٩ رقم ٢١٢١) وابن ماجة في النكاح (سنن ابن ماجة : ١/٦٠٣ ـ ٦٠٤ رقم ١٨٧٦ ـ ١٨٧٧) والدارمي في النكاح (سنن الدارمي : ٢/٨٢ رقم ٢٢٦٦) .

(٣) ف : والخصاف نقل هذا .. ب : والخصاف بعد هذا أن النبي ..

(٤) س : انه تزوجها لتمام ست سنين وقد طعنت في السابعة وما ذكر من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت سبع سنين ووجه التوفيق بينهما أن ما ذكر محمد والخصاف بعد هذا محمول على انها بنت سبع سنين قبل تمام السنة السابعة ، وما ذكر في الحديث دليل على أن للاب ولاية ...

←

ووجه التوفيق بينهما : ان ما ذكر محمد والخصاف بعد هذا محمول على أنه تزوجها لتمام ست سنين ، وطعنت[٥] في السابعة ، وما ذكر الخصاف ههنا محمول على أنها بنت سبع سنين قبل تمام السنة السابعة ·

في الحديث دليل على أن للاب ولاية تزويج الصغيرة ·

وفيه دليل على أنه لا بأس أن[٦] تزف الصغيرة الى بيت زوجها ·

وفيه دليل على أنه لا بأس أن[٧] يدخل بها ان علم[٨] انها تطيق ذلك ·

[١١٣٨] ذكر حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه خطب[٩] الى علي [رضي الله عنه] أم كلثوم ، فقال[١٠] له : انها صغيرة ، فان رضيتها[١١] فهي امرأتك ·

ورواية ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين هي احدى روايات الحديث السابق عنها وعن ابي هريرة فانظر تخريجه هناك ورواه البخاري عن عروة في النكاح (صحيح البخاري : ١٦٥/٣) وانظر مسند الإمام احمد : ٦٨/٦ ، وسنن ابن ماجة ـ النكاح ٦٠٣/١ رقم ١٨٧٦ · وقوله (وذكر محمد في كتاب النكاح) قلت انظر ذلك في مبسوط السرخسي ـ كتاب النكاح : جـ٤ ص٢١٢ الذي نقل ذلك عن محمد وشرحه · ورواه عبدالرزاق (المصنف : ٦/ ١٦٢ رقم ١٠٣٤٩) وانظر المحلى : ٤٦٠/٩ ·

(٥) ص : فطعنت ·

(٦) ل : بأن ·

(٧) ل : بأن ·

(٨) ب : اذا

(٩) س : خطب أم كلثوم من علي رضي الله عنه ·

(١٠) ب : فقال انها ·

(١١) ب : فان رضيت بها ·

هكذا ذكر الخصاف هذا الحديث ، ولم يذكر تمامه[١٢] .

وتمامه : أن عمر رضي الله عنه لما خطبها اعتل علي رضي الله عنه بصغرها ، فقال عمر رضي الله عنه : ما بي الى النساء حاجة[١٣] . لكني ابتغي الوسيلة بآل[١٤] محمد صلى الله عليه وسلم: لاني سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول :

« كل سبب ونسب ينقطع[١٥] بالموت الا سببي ونسبي » .

فزوجها [١٦] علي رضي الله عنه اياه بمهر اربعين ألف درهم ، فساق[١٧] ذلك عمر رضي الله عنه كله اليه ، فزفت اليه وهي بنت اربع سنين ، أو ما بين الاربع الى الخمس ، فأجلسها عمر رضي الله عنه الى جنبه ، فجعل يبرها . ويمسح بيده على رأسها ، ويقبلها ، فجرد ساقها فرفعت يدها ، وكادت [أن] تلطمه[١٨] . وقالت له لولا أنك أمير المؤمنين والا للطمتك على

(١٢) هـ ك : ولم يذكر تمام الحديث وتمام الحديث . ل : لم يذكر تمامه وتمام الحديث .

(١٣) ب ص : مالي حاجة الى النساء . ك هـ ل : ما بي حاجة الى النساء . وما اثبتناه عن ف ج م س .

(١٤) هـ : لآل محمد ف ج م : لكن ابتغى الوسيلة قال النبي صلى الله عليه وسلم كل سبب ..

(١٥) ل : ينقطع الا سببي ...

(١٦) س : فزوجها على منه على مهر أربعين ألف درهم .

(١٧) ف ل : فساق عمر ذلك

(١٨) ك س هـ : وكادت تلطمه والزيادة من ب ف ص ل .

خدك ، فقال عمر رضي الله عنه : دعـــوها فانهـا هاشـــمية قرشية[١٩] .

---

(١٩) حديث نكاح عمر بأم كلثوم رواه الحاكم عن الحسن بن يعقوب وابراهيم ابن عصمة العدلين قالا : ثنا السري بن خزيمة ، ثنا معلى بن راشد ، ثنا وهيب بن خالد عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي بن الحسين ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب الى علي رضي الله عنه ام كلثوم فقال · انكحنيها فقال علي : اني ارصدها لابن أخي عبدالله بن جعفر فقال عمر انكحنيها فوالله ما من الناس أحد يرصد من أمرها ما أرصده ، فانكحه علي فأتى عمر المهاجرين فقال : ألا تهنئونني فقالوا بمن يا أمير المؤمنين فقال بأم كلثوم بنت علي وابنة فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « كل نسب وسبب ينقطع يوم القيامة الا ما كان من سببي ونسبي فأحببت أن يكون بيني وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم نسب وسبب » وقال : هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه (المستدرك : ١٤٢/٣) وتعقبـــه الحافظ الذهبي بانه منقطع (التلخيص ـ على هامش المستدرك :١٤٢/٣) قال الحافظ ابن حجر : حديث (كل سبب ونسب يوم القيامة ينقطع الا سببي ونسبي) رواه البزار والحاكم والطبراني من حديث عمـــر وقال الدارقطني في العلل : رواه ابن اسحاق عن جعفر بن محمد عـن ابيه عن جده عن عمر وخالفه الثوري وابن عيينة وغيرهما عن جعفر لم يذكروا عن جده وهو منقطع انتهى · ورواه الطبراني من حديث جعفر ابن محمد عن أبيه عن جابر سمعت عمر ورواه ابن السكن في صحاحه من طريق حسن بن حسن (كذا) عن ابيه عن عمر في قصة خطبته أم كلثوم بنت على ، ورواه البيهقي ايضا ، ورواه أبو نعيم في الحلية من حديث يونس بن ابى يعفور عن أبيه عن ابن عمر عن عمر ، ورواه أحمد والحاكم من حديث المسور بن مخرمة رفعه : ان الاسباب تنقطع يـوم القيامة غير نسبي وسببى وصهري · ورواه الطبراني في الكبير من حديث ابن عباس ، ورواه في الاوسط من طريق ابراهيم بن يزيد الخوزي : كل نسب وصهر منقطع يوم القيامة الا نسبي وصهري · وابراهيم ضعيف· ورواه عبدالله بن احمد في زيادات المسند من حديث ابن عمر (تلخيص الحبير : ١٤٣/٣ رقم ١٤٧٧ ، و ١٤٧/٣ رقم ١٤٨٤) وروى الحديث ←

وفي الحديث دليل على جواز نكاح الصغيرة •

وفيه دليل على أنه لا بأس بان تزف في حالة الصغر ، لكن لا يغشاها [٢٥٣ ب] الا اذا علم أنها تطيق ذلك •

وفيه دليل على غنى عمر رضي الله عنه •

[الصغيران اذا زوجا فهما بالخيار]

[١١٣٩] ذكر عن عمر بن عبدالعزيز رحمه الله أنه كتب في اليتيمين اذا زوجا [٢٠] وهما صغيران انهما بالخيار[٢١] •

فيه دليل على جواز نكاح الصغيرة [من] غير الاب والجد فيكون حجة على الشافعي رحمه الله •

في قصة أخرى الامام احمد عن المسور بن مخرمة (مسند الامام أحمد : ٣٢٣/٤ ، ٣٣٢) وانظر حول القصة شرح نهج البلاغة : ١٢٤/٣ والبداية والنهاية : ٨١/٧ و ١٣٩ وفيه انه كان ذلك سنة ١٧ هجرية واخبار القضاة : ٦٧/٣ وفيه انه حين توفى عمر نقل علي ام كلثوم في عدتها الى منزله ، وانظر مجمع الزوائد : ٢٧١/٤ ، روضة القضاة : ٨٥٣/٢ رقم ٥٦١٣ ، المصنف لعبدالرزاق الصنعاني : ١٦٣/٦-١٦٤، رقم ١٠٣٥٢ ـ ١٠٣٥٤ وفيه : قال عبدالرزاق : « وأم كلثوم من فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخل عليها عمر ، وأولد منها غلاما يقال له زيد ، فبلغني أن عبدالملك بن مروان سمهما فماتا ، وصلى عليهما عبدالله بن عمر ، وذلك انه قيل لعبدالملك : هذا ابن علي وابن عمر فخاف على ملكه فسمهما » (المصنف ١٦٤/٦ رقم ١٠٣٥٤) والسنن الكبرى : ٦٤/٧ ، طبقات ابن سعد : ٣٣٩/٨ ـ ٣٤٠ •

(٢٠) ل : اذا زوجاهما صغيرين •

(٢١) حديث عمر بن عبدالعزيز انه كتب في اليتيمين اذا زوجا وهما صغيران انهما بالخيار رواه عبدالرزاق الصنعاني عن ابراهيم بن محمد عن عبدالله بن ابي بكر وعبدالعزيز بن عمر ان عمر بن عبدالعزيز كتب الى عامل له : اذا انكح اليتيم واليتيمة وهما صغيران ، فهما بالخيار اذا بلغا (المصنف : ١٦٦/٦ رقم ١٠٣٧٠) •

وفيه دليل على أن لهما الخيار ، فيكون حجة لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله على أبي يوسف رحمه الله [لما مر][22] .

[1140] ثم أورد عن السلف اخبارا وآثارا كثيرة كلها تدل على جواز نكاح الصغيرة ، وعلى ثبوت الخيار لها اذا بلغت اذا كان المزوج لها غير الاب والجد .

[الصداق في تزويج الصغيرين]

[1141] ذكر عن حماد أنه سئل عن رجل يزوج[23] ابنه وهو صغير ، قال : الصداق[24] على الاب .

وقال الحسن والحكم[25] وغيرهما : أنه يجب على الابن .

والمسألة مختلف [فيها][26] بين الصحابة رضي الله عنهم :

قال علي[27] وعبدالله بن عباس وعبدالله بن عمر رضي الله عنهم : تجب على الابن[28] .

وبه نأخذ .

---

(22) الزيادة من س .

(23) س : يزوج ابنته وهي صغيرة .

(24) ل : الصداق يكون على الاب .

(25) ف م : وقال الحسن والحكم وعبدالله وغيرهم انه ..

(26) الزيادة من س . وفي ص ب هـ ل : مختلفة بين .

(27) س : قال علي وعبدالله بن عمر تجب على الابن .

(28) حول هذه المسألة انظر مصنف عبدالرزاق : 6/167 رقم 10372 ، 10373 ، المبسوط : 4/226 - 227 ، اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى : 169 (من طبعة ابي الوفا الافغاني) ، المحلى : 9/467 ، المغنى : 7/392 .

وهذا لان المهر انما وجب عوضا عن ملك النكاح ، والملك ثابت للابن فكان العوض عليه ·

[واليه][٢٩] اشار علي رضي الله عنه في قوله :

الصداق على من أخذ بالساق[٣٠] ·

[تزويج الاب لابنه أو ابنته]

[١١٤٢] ذكر[٣١] عن عامر الشعبي قال :

لا يجبر على النكاح الا الأب[٣٢] ·

يريد به أنه لا يزوج المرأة شاءت أم أبت الا الاب ·

فصار[٣٣] حجة للشافعي في اجبار البكر البالغة[٣٤] ·

[ضمان المهر في تزويج الصغار]

[١١٤٣] ذكر عن شريح أنه قال :

اذا أنكح[٣٥] الرجل ابنه وهو صغير جاز عليه[٣٦] ، فاذا بلغ

---

(٢٩) الزيادة من ل س هـ ص ب ·

(٣٠) من هنا بداية ما سقط من النسخ : ف ج م ويستمر هذا النقص حتى نهاية الباب ·

(٣١) ل : ذكر عن جابر عن عامر الشعبي ·

(٣٢) قوله : ذكر عن عامر الشعبي قال لا يجبر على النكاح الا الاب رواه عبد الرزاق عن التوري عن جابر عن الشعبي بلفظه في موضعين من كتاب المصنف : (٦/١٦٤ رقم ١٠٣٥٦ ، ٦/١٦٥ رقم ١٠٣٦١) ·

(٣٣) ص : فصار الحديث حجة ·

(٣٤) ل هـ : البالغ ·

(٣٥) هـ : نكح

(٣٦) حديث شريح انه اذا انكح الرجل ابنه وهو صغير جاز عليه اخرج عبدالرزاق عن معمر عن الحسن والزهري وقتادة قالوا : اذا أنكح الصغار آباؤهم جاز نكاحهم (المصنف : ٦/١٦٤ رقم ١٠٣٥٥) ·

فان طلق فنصف المهر على الذي كفل به ٠

يعني الاب اذا ضمن ٠

[١١٤٤] قال احمد بن عمرو صاحب الكتاب :

والذي ذهب اليه أصحابنا وأخذوا به في نكاح الصغار حديث عائشة رضي الله عنها ٠

يعني جواز[٣٧] نكاح الصغيرة انما ثبت بحديث عائشة رضي الله عنها ٠

[١١٤٥] قال :

ولو[٣٨] زوجهاا الاب من انسان [٢٥٤ أ] وضمن لها[٣٩] المهر جاز[٤٠] ٠

لقوله صلى الله عليه وسلم :

« الزعيم[٤١] غارم »[٤٢]

فرق بين هذا وبين ما اذا باع مالها وضمن لها الثمن عـــن شتري حيث لايجوز ٠

---

(٣٧) في الاصل ك : يعني خيار نكاح الصغيرة وما اثبتناه عن ص هـ س ل ٠ وقد سقطت هذه العبارة من ب ٠ وقد مرت الاشارة الى ان ما ابتدأت به الفقرة ١١٤٢ قد سقط من النسخ ف ج م الى نهاية الباب ٠

(٣٨) هـ : فلو ٠

(٣٩) ل : وضمن له (وهو سهو) ٠

(٤٠) هـ ب : يجوز ٠ وفي ل : فانه يجوز ٠

(٤١) ص : والزعيم

(٤٢) حديث « الزعيم غارم » رواه ابن ماجة في الصدقات من حديث ابي امامة الباهلي يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الزعيم غارم والدين مقضي » (سنن ابن ماجة : ٨٠٤/٢ رقم ٢٤٠٥ مـــن ←

والفرق : أن حقوق العقد في باب البيع ترجع الى العاقد ، والعاقد هو الاب ، فكان حقوق العقد(٤٣) اليه ، الا ترى أنه لو أبرأه عن الثمن يجوز ، ولو استبدل عن الثمن او احتال به على انسان فانه يجوز ، فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه بنفسه ، فأما حقوق العقد في باب النكاح [فانها](٤٤) لا ترجع الـــى العاقد(٤٥) ، الا ترى ان الوكيل في باب النكاح لايملك قبض المهر، فلو صح الضمان لا يصير ضامنا لنفسه بنفسه •

ولو زوجه أبوه امرأة وضمن المهر صح ، فلـــو أدى [الاب الصداق](٤٦) فهذا على ثلاثة أوجه :

الباب التاسع من الصدقات) ورواه ابو داود من حديث ابي امامة فـي البيوع مرفوعا بلفظ « ان الله عزوجل قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ، ولا تنفق المرأة شيئا من بيتها الا بأذن زوجها » ، ففيل: يا رسول الله ولا الطعام ؟ قال : « ذاك أفضل أموالنا » ثم قـــال : « العارية مؤداة ، والمنحة مردودة ، والدين مقضي والزعيم غارم » (سنن ابي داود : ٢٩٦/٣ ـ ٢٩٧ رقم ٣٥٦٥) ورواه الترمذي فـي البيوع من حديثه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في خطبته عام حجة الوداع : « العارية مؤداة والزعيم غارم والديـــــن مقضي » وقال الترمذي : وهو حديث حسن (سنن الترمذي :٣٦٨/٢ رقم ١٢٨٣ الباب رقم ٣٩ من البيوع) ورواه في ابواب الوصايا مطولا (سنن الترمذي : ٢٩٣/٣ رقم ٢٢٠٣ الباب رقم ٥ من الوصايا) ورواه الامام احمد بن حنبل عنه (المسند : ٢٦٧/٥ ـ مرتين ـ ، ٢٩٣) والزعيم يعني الكفيل •

(٤٣) ل : حقوق العهدة اليه •

(٤٤) الزيادة من ل •

(٤٥) س : العقد •

(٤٦) الزيادة من ل •

أما ان ضمن في حالة الصحة ، وأدى في حالة الصحة في حالة صغره •

أو ضمن في حالة الصحة ، وأدى في حالة مرضه •

أو ضمن في حالة الصحة ومات ، فأخذت المرأة من ماله(٤٧)•

ففي الوجه الاول : القياس ان لا يكون متبرعا •

وفي الاستحسان يكون(٤٨) متبرعا ، ولا يكون له أن يرجع عليه ، الا أن يشهد عند الاداء أنه يرجع عليه •

ونظير هذا القياس والاستحسان اذا اشترى للصغير طعاما ، وللصغير مال ، فأدى [الثمن](٤٩) من مال نفسه ، فالقياس أن لا يكون متبرعا •

وفي الاستحسان يكون متبرعا •

وجه القياس : ان فعل الاب كفعل الاجنبي باذن الصبي لو كان بالغا ؛ لأن للاب ولاية عليه فيما يصنع ، كما تكون للاجنبي باذنه لو كان بالغا ، والاجنبي لو كفل عنه باذنه بعد البلوغ يرجع عليه اذا أدى ، فكذا(٥٠) اذا فعل الاب •

وجه الاستحسان العرف ، فان العرف فيما بين الناس انهم يتبرعون باداء المهر عن اولادهم ، ولا يرجعون به [٢٥٤ ب] عليهم •

---

(٤٧) ص : فأخذت المرأة امواله •

(٤٨) س : أن يكون •

(٤٩) الزيادة من س ل ص ب

(٥٠) ل : فكذا فعل الاب ذلك •

وفي الوجه الثاني والثالث عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يكون متبرعا ، بل يحسب من ميراث الابن ٠

وقال أبو يوسف : هو متبرع[٥١] ، ولا يرجع هو ولا ورثته[٥٢] بعد موته على الابن بشيء منه ٠

أبو يوسف رحمه الله يقول :

الكفالة [٥٣] انعقدت غير موجبة للرجوع ؛ الا ترى انه اذا اداه في صحته لم يكن له أن يرجع عليه ، فلا تنقلب موجبة للرجوع ٠

وهما يقولان :

التبرع يجعل بالاداء لا بالكفالة ، والاداء اذا وجد في حالة المرض[٥٤] او بعد الموت كان تبرعا على وارثه ، والتبرع على وارثه في مرض الموت لايكون صحيحا ٠

[تزويج غير الاب والجد للصغير او الصغيرة والخيار في ذلك]

[١١٤٦] قال :

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه :

وان[٥٥] زوج الصغيرة غير الاب والجد ، فلها الخيار اذا بلغت مبلغ النساء ٠

---

(٥١) ك : مشروع (وهو تصحيف) والتصحيح من س ص ب ل هـ ٠

(٥٢) ل : ولا وارثه ٠

(٥٣) ل : الكحالة (كذا وهو تصحيف)

(٥٤) ك ص : الرضى والتصحيح من ل هـ ب س ٠

(٥٥) س : وان كان للصغيرة ولي غير الاب ٠٠

وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ٠

وعلى قول أبي يوسف رحمه الله : لا يثبت لها الخيار ٠

وهي مسألة معروفة في كتاب النكاح ٠

ثم عندهما : اذا ثبت[٥٦] لها الخيار ، كان لها الخيار ساعة بلغها الخبر ، حتى اذا بلغها الخبر فان[٥٧] اشهدت على ذلك كان لها الخيار ، وان سكتت سقط خيارها ؛ اعتبارا بابتداء النكاح ٠

فرق بين خيار البلوغ وخيار المخيرة[٥٨] وخيار العتق ٠ فان خيار العتق وخيار المخيرة[٥٩] اذا ثبت لها يتوقف على مجلسها ٠

والفرق بين خيار العتق وخيار البلوغ[٦٠] في أشياء منها هـذا ٠

والثاني : ان[٦١] في خيار البلوغ لاتعذر بالجهل حتى لو علمت بالنكاح ولم تعلم بالخيار ، وسكتت لبطل الخيـار[٦٢] وتعذر [به][٦٣] في خيار العتق ٠

والثالث : ان خيار البلوغ يثبت للذكر والانثى ، وخيـار عتق لا يثبت الا للانثى ٠

---

(٥٦) ب : اذا ثبت كان لها الخيار ساعة بلغها الخبر ٠

(٥٧) الفاء في (فان) زيادة من ل ٠

(٥٨) س ص : خيار المجبرة ٠ (وهو تصحيف)

(٥٩) س ص : المجبرة ٠

(٦٠) في س زيادة هنا هي قوله (وخيار المجبرة) كذا ٠

(٦١) ص : والثاني في خيار ٠ ب : والثاني في ان خيار ٠

(٦٢) هـ : لبطل خيارها ٠

(٦٣) الزيادة من س ٠

والرابع : أن خيار البلوغ لا يوجب الفرقة الا بقضـــاء ، وخيار العتق يوجب من غير قضاء ٠

وقد ذكرنا هذه الفروق على سبيل الاستقصاء في شــرح الجامع الصغير وشرح[٦٤] المختصر ٠

[١١٤٧] قال :

وأيهما مات قبل أن تختار [٢٥٥ أ] الفرقة ، أو بعد مـا اختارت الفرقة قبل أن يفرق القاضي بينهما ورثة الآخر ٠

لان النكاح صحيح ما لم يفسخ القاضي [العقد][٦٥] ، فمتى مات أحدهما فقد انتهى النكاح بالموت ، وانتهاء النكاح بالموت يوجب استحقاق الميراث ٠

[١١٤٨] قال :

وان اختلفت المرأة والزوج بعد ما بلغت المرأة وقالت[٦٦] قد اخترت الفرقة حين ادركت ، وقال الزوج : كذبت ، لم تختاري الفرقة ، فالقول قول الزوج ، وعليها أن تأتي بالبينة : انها[٦٧] اختارت فسخ النكاح والفرقة ٠

لأنها أقرت بما لا تملك استئنافه في الحال ، فلا يكون القول قولها ٠

---

(٦٤) ل : شرح (بسقوط الوار) ٠

(٦٥) الزيادة من س ٠

(٦٦) س : فقالت المرأة قد اخترت ٠

(٦٧) ل : على انها ٠

ونظير هذا الشـفيع مع المشتري اذا اتفقا على أن الشفيع علم بالبيع قبل هذا ، واختلفا في الطلب ، فقال[٦٨] الشـفيع : طلبت الشفعة حين علمت • وقال المشتري : لا بل سكت[٦٩] • فالقول قول المشتري •

لأن الشفيع أخبر بشيء لا يملك استئنافه للحال •

[١١٤٩] وان اختلفا[٧٠] في الحال ، فقالت المرأة : بلغت الان ، واخترت الفرقة • وقال الزوج : لا [بل][٧١] بلغت قبل هذا ، وسكت[٧٢] • كان القول قولها •

لانه ظهر البلوغ الان ، وكما ظهر البلوغ اختارت الفرقة ، والزوج يدعي قبلها سقوط حقها ، فلا يسقط حقها بمجـرد الدعوى •

والمسائل الى آخر الباب مذكورة في كتاب النكاح ، فـلا نعيد[٧٣] شرحها هنا[٧٤] •

والله أعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(٦٨) الفاء في (فقال) زيادة من ل •

(٦٩) س : سكتت •

(٧٠) س : وان اختلفا فقالت •

(٧١) الزيادة من س ل ب •

(٧٢) س : سكتت

(٧٣) س : فلا يفيد •

(٧٤) الى هنا نهاية ما سقط من النسخ ف ج م ، الذي ابتدأ من بداية الفقرة ١١٤٢ •

الباب الثاني والثمانون

في نكاح الكبيرة

[١١٥٠] الآثار المذكورة في هذا الباب ، ومسائله[١] ذكرنا شرحها في شرح المختصر فلا نذكرها ههنا[٢] احترازا عن التطويل ٠

والله تعالى أعلم

★ ★ ★

(١) ف ك : ومسائل هذا الباب

(٢) س : فلا نعيدها احترازا

الباب الثالث والثمانون

في المطالبة بالمهر

[مطالبة الاب بمهر ابنته البكر]

[١١٥١] قال احمد بن عمرو صاحب الكتاب :

قال أصحابنا : للاب أن يطالب بمهر ابنته ، وان كانت كبيرة اذا كانت بكرا ٠

وهذا استحسان ٠

والقياس أن لا يطالب ٠

وجه القياس [٢٥٥ ب] ان(١) ولاية الاب تنقطع عنها بالبلوغ ؛ الا ترى انه(٢) لايملك التصرف في سائر املاكها الا بأمرها ، فكذا في المهر ٠

وجه الاستحسان : ان العادة [جارية](٣) فيما بين الناس أن الآباء يقبضون صداق البنات ، ويجهزون البنات بها ، والبنت تكون راضية بتصرف الاب ، ولانها تستحيي(٤) من المطالبة بالمهر(٥) بنفسها ومن(٦) التوكيل [بذلك](٧) فجعل سكوتها بمنزلة التوكيل ٠

---

(١) ف ج م : لا ولاية الان

(٢) ف م : انها لا تملك ٠ ج : انها تملك

(٣) الزيادة من س ٠ وفي ل : ان العادة جرت فيما بين الناس ٠

(٤) ف ج م : ولانها تستحق المطالبة

(٥) س : بمهر نفسها ٠

(٦) ب ف ص ج م : وعن التوكيل

(٧) الزيادة من ل ٠

وروى ابراهيم بن رستم عن ابي يوسف رحمه الله أنه قال بان الزوج اذا[8] سلم الصداق الى الاب ، وقبض الاب ، صح قبضه ، وان أبى الزوج أن يسلم الصداق الى الاب ، فانه لا يملك مطالبة الزوج الا بأمرها ·

لان المطالبة [بالمهر][9] تنبني على قيام الولاية ، والولاية منقطعة بالبلوغ ، فلا تثبت له المطالبة بالمهر ، [و][10] كان ينبغي أن لا يصح القبض ، لكن انما يصح باعتبار العادة[11] ، فان العادة [جارية][12] ان الآباء يقبضون صداق البنات ويجهزون بها[13] ·

وجه ظاهر الرواية ما مر ، أن البنت راضية بمطالبة الاب عادة ، فيثبت له حق المطالبة ، ولو نهت أباها عن قبض الصداق لايملك الاب المطالبة ، ولا الاستيفاء ·

لأن[14] ولاية المطالبة والاستيفاء انما تثبت للاب لوجود الرضى منها دلالة ، باعتبار العادة ، والدلالة انما تعتبر اذا لم يوجد التصريح بخلافه[15] ·

---

(8) ف ج م : وان · ص ل ب : ان

(9) الزيادة من س ·

(10) الزيادة من س وفي ص : بالمهر كما ينبغي ·

(11) ص : باعتبار العادة والدلالة فان العادة ·

(12) الزيادة من ل ·

(13) س : ويجهزونها بها ·

(14) س : لان ولاية الاستيفاء انما ··

(15) « بخلافه » ليس في ف ج م

[مطالبة غير الاب مشروطة بوكالة منها]

[١١٥٢] قال :

وليس لاحد من الاولياء أن يقبض على الجارية البكر المدركة[١٦] مهرها ، ولا يطالب زوجها[١٧] ، الا بوكالة منها غير الاب[١٨] .

لأن الاب انما تثبت له ولاية المطالبة[١٩] بوجود الرضى منها دلالة باعتبار العادة ، حتى يقبض المهر ويجهزها به[٢٠] ، والتجهيز بالاحسان في العادة انما يكون من الآباء ، أما غيرهم من الاولياء ، فقلما يجهزون الصغيرة بالاحسان ، فلا تثبت له ولاية المطالبة .

حتى ان البنت اذا كانت ثيبا فزوجها الاب ، لايملك الاب [٢٥٦ أ] مطالبة الزوج بالمهر الا بوكالة منها .

لان العادة أن الآباء انما يجهزون البنات مرة واحدة ، فاذا انعدم التجهيز انعدم[٢١] ولاية القبض ، فصار الاب في المرة الثانية بمنزلة غير الاب من الاولياء في المرة الاولى .

---

(١٦) س : المذكورة .

(١٧) ص : زوجها لها . ب : زوجها به الا بوكالة .

(١٨) قوله : (غير الاب) ليس في هـ .

(١٩) ف ج م ك : انما تثبت له الولاية لوجود الرضى .. والتصحيح من ب ص ل

(٢٠) ك : ويجهز به لها . والتصحيح من هـ س ل

(٢١) ك : انعدم دلالة القبض . س : او عدمت ولاية القبض . ل : انعدمه دلالة الرضى بالقبض . وما اثبتناه عن ف ج م هـ .

ثم [ان][٢٢] الاب في حق البكر البالغة انما يلـــي قبض صداقها المسمى ، حتى اذا كان المسمى بيضا لا يلي قبض السود.

لأنه بمنزلة الوكيل عرفا ، والوكيل بقبض الشيء لا يملك الاستبدال[٢٣] به .

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني :
هذا مذهب علمائنا .

وروي عن علماء بلخ أنهم جوزوا ذلك ، وقالوا :
لو قبض بعض الصداق من جنس المسمى ، وبالبقية ضياعا[٢٤] يجوز [٢٥] .

قال رحمه الله : وهكذا العرف في رساتيقنا[٢٦] أن الآبـــاء يقبضون بعض الصداق من[٢٧] جنس المسمى ، والباقي ضياعا وعقارا ، فيجوز ذلك على قول علمائنا ، على قياس قول أئمة بلخ ، وهذا ارفق بالناس .

[هل يشترط في الاستيفاء احضار المرأة ؟]

[١١٥٣] قال :
ولو أن رجلا قدم رجلا الى القاضي فقال :

---

(٢٢) الزيادة من ف ج م . وفي ب : ثم الانسان في حق البكر
(٢٣) ك ف ج م ل هـ ب ص : لايملك استبداله والتصحيح من س .
(٢٤) س : ضياعها .
(٢٥) ل : فانه يجوز .
(٢٦) ف ج : في زماننا ، والرساتيق جمع رستاق ويقال رسداق فارسي معرب وهو السواد (مختار الصحاح للرازي مادة رستق ص ٢٤٢) وانظـر العرب للجواليقي (مادة رزداق ورزدق ص ٥٦ ، ١٢٣ ، ٢٠٥ ، ٣٨١) .
(٢٧) س : من المسمى

اني زوجت هذا ابنتي على صداق كذا وكذا بأمرها ، وهي بكر ، وأنا أريد صداقها[٢٨] ، فان أقر الزوج بالتزويج وبالمهر وقال : لم ادخل بها أمره بدفع المهر الى الاب ٠

لأن الاب يملك مطالبة الزوج بالمهر ، فلا يشترط احضار المرأة للاستيفاء ٠

وهذا قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله ٠

وقال زفر رحمه الله :

احضار المرأة شرط[٢٩] الاستيفاء ، وهو قول ابي يوسف الآخر ٠

ذكر بعد هذا : هو يقول : النكاح معاوضة ، فكان بمنزلة البيع ، والبائع انما يملك مطالبة المشتري بالثمن ، اذا احضر المبيع[٣٠] مع نفسه ليسلم المبيع عقيب[٣١] قبض الثمن ، فكذا في النكاح ٠

ونحن[٣٢] نقول : العادة جرت ان تسليم[٣٣] المرأة يتأخر عن قبض[٣٤] الصداق زمانا ، فان الزوج يوفي الصداق الى الولي، والولي يجهزها بذلك [٢٥٦ ب] ثم يبعث بها الى بيته ، فلما علم

---

(٢٨) فجم : بصداقها ٠

(٢٩) فجم : احضار المرأة سقوط الاستيفاء ٠

(٣٠) فجم : البيع ٠

(٣١) فجم : عند قبض الثمن ٠ ص : عقب ٠

(٣٢) ف ج : وهو يقول ٠ م : وبحق يقول ٠

(٣٣) س : تسلم ٠

(٣٤) س : عن تسليم الصداق ٠ فجم : عن الصداق

الزوج بهذه العادة كان راضيا بايفاء الصداق ، وتأخير تسليم[٣٥] المرأة زمانا ، فلا يشترط احضار المرأة ، لثبوت ولايـة قبض الصداق بخلاف البيع ٠

لأن[٣٦] ثمة لم يوجد ما يدل[٣٧] على الرضى بتأخر تسـليم المبيع عن قبض الثمن ، فشرط احضار [المبيع لقبض][٣٨] الثمن ليسلم المبيع عقيبه[٣٩] ٠

[مطالبة الزوج بالمرأة والتكفيل في ذلك]

[١١٥٤] قال :

فان قال الزوج للقاضي : مر الاب أن يقبض مني المهر ويسلم الجارية الي ، قال[٤٠] له القاضي : اقبض المهر ، وادفع الجاريـة اليه ٠

فان قال الاب : ليس[٤١] على دفعها فاطلبها[٤٢] حيث هي ٠ قال له القاضي : ان المهر الذي تريد أخذه[٤٣] انما هو ثمـن لبضعها[٤٤] ، فعليها اذا كانت كبيرة أن تسلم نفسها الى الزوج اذا

---

(٣٥) س : التسليم للمرأة ٠

(٣٦) فـجم : لانه لم يوجد

(٣٧) ب : لم يوجد ما يدل بتأخير تسليم ٠

(٣٨) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن سائر النسخ وقد سقطت من فـجم

(٣٩) قوله : (عن قبض الثمن فشرط ٠٠) الى هنا ليس من فـجم ٠ وفي ل : لتسليم البيع عقيبه ٠

(٤٠) ل : فان القاضي يقول ٠

(٤١) ك : وسائر النسخ تطلبها ٠

(٤٢) س : ليس ادفعها تطلبها حيث هي ٠ ب : ليس يحل دفعها يطلبها ٠

(٤٣) س : تريد قبضه ٠

(٤٤) « لبضعها » ليس في فـجم ومحلها بياض في النسخ الثلاث ٠

قبضت المهر ، فاذا قبضت أنت المهر لها ، فان كانت في منزلـــك فعليك تسليمها اليه •

فان قال الاب : ليست هي في منزلي ، ولا أقدر على تسليمها اليه ، فأنا أقبض المهر ، وهو يطلبها حيث هي[٤٥] ، فليس له ذلك • لما قلنا •

فان قال : هي في منزلي ، فأنا أقبض المهر وأجهزهـــا بـــه ، واسلمها اليه ، فان القاضي يأمر الزوج بدفع المهر اليه •

فان قال الزوج : ان هذا يدافعني[٤٦] عنها ، ويريد أن يأخذ مني المهر ولا يسلمها الي ، فمره[٤٧] فليوثق من المهر ، فـــان القاضي يأمر[٤٨] الاب أن يوثق للزوج من المهر[٤٩] بكفيـــل ، فيعطيه كفيلا بالمهر ، ويأمر الزوج بدفع المهر الى الاب ، [حتى][٥٠] اذا سلم البنت[٥١] اليه برىء الكفيل ، وان عجز عن ذلك توصل الزوج الى حقه بالكفيل ، فيعتدل النظر من الجانبين •

وهكذا كان يقول ابو يوسف أولا ، ثم رجع عن هذا ، وقال بأن القاضي يأمر الاب أن يجعل المرأة مهيـــأة[٥٢] للتســـليم ،

---

(٤٥) من قوله : (قال له القاضي ان المهر الذي تريد أخذه ••) الى هنـــا كررت في نسخة ب مرة أخرى •

(٤٦) فـجم : ان هذا الاب يمنعني •

(٤٧) س : فمره أن يعطيني كفيلا بالمهر •

(٤٨) س : يأمر باعطاء الكفيل بالمهر •

(٤٩) فـجم : على المهر •

(٥٠) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن سائر النسخ •

(٥١) فـجم : حتى اذا سلم الاب اليه • ك : سلم الابنة •

(٥٢) فـجم : متهيئة للتسليم ويأمر •

ويحضرها ، ويأمر الزوج بدفع المهر ، والاب بتسليم البنت ، فيكون دفعه المهر عند تسليمها نفسها اليه ٠

لأن النظر للزوج لا يحصل بالكفالة كما قال [٢٥٧ أ] في الكتاب : أنه اذا اعطاء كفيلا فادا لم يسلم الاب البنت(٥٣) اليه يصير الاب والكفيل غريما ، فيدفع المهر بحضرتها ٠

قال الخصاف : وهذا أحسن القولين

[١١٥٥] قال :

فان كان الاب انما قدم الزوج الى قاضي الكوفة ، والخصومة بينهما على ما وصفنا ، فقال الاب : ابنتي بالبصرة ، وثمة(٥٤) كانت عقدة النكاح ، أو كانت(٥٥) بالكوفة فانتقلت الى البصرة ، فأنا اسلمها اليه بالبصرة ، فان الاب لا يجبر على حملها الى الكوفة ، ولكن يقال للزوج ادفع المهر الى الاب (٥٦) ، واخرج الى البصرة مع الاب ، وتأخذ المرأة هناك من الاب ٠

لما قلنا ان احضار المرأة في ذلك المجلس ليس بشرط ، لتوجه المطالبة على الزوج بتسليم المهر(٥٧) ٠

فان اتهمه الزوج بما قلنا(٥٨) من قبل ، فالقاضي يأمر الزوج بأن يأخذ من الاب كفيلا بالمهر على انه ان سلم البنت اليه بالبصرة

---

(٥٣) صلكهـ : الابنة ٠ فجم : الامة ٠

(٥٤) فجم : وعنه كانت ٠

(٥٥) ل : وكانت (بالواو)

(٥٦) س : الى الاب وخذ المرأة هناك ٠

(٥٧) س : بتسليم المرأة (وهو سهو)

(٥٨) فجم : كما قلنا ٠ ل ك : لما قلنا والتصحيح من سصب ٠

برىء الكفيل ، فاذا أتى البصرة وقبض البنت برىء الكفيل والاب ٠

وان عجز[٥٩] الاب عن تسليم البنت اليه يخاصم[٦٠] الكفيل فيستوفي حقه منه ، فيكون نظرا من الجانبين ٠

[توكيل الزوج في أخذ المرأة]

[١١٥٦] قال :

فان قال الزوج : لا يمكنني الخروج الى البصرة ، لكن اوجه [لي][٦١] وكيلا يحولها[٦٢] الى منزلي[٦٣] بالبصرة ، فذلك له[٦٤] ٠

لأن الوكيل نائب عنه ٠

[١١٥٧] قال :

وان قال الزوج : يحملها [وكيلي][٦٥] الي ، فان كان الوكيل الذي وجهه محرما لها فذلك له ٠

لانها متى استوفت صداقها كان عليها أن تنتقل الى حيث يسكنها الزوج ٠

---

(٥٩) س : وان عجز عن تسليم ٠

(٦٠) فجم : ثم يخاصم ٠ ص : فخاصم ٠

(٦١) الزيادة من فجم ٠

(٦٢) ل : ليحولها ٠

(٦٣) س ك : الى منزلي بالكوفة والتصحيح من فجمبص

(٦٤) فج : فذلك جائز ، س : فله ذلك ٠ وقد سقطت من م ٠

(٦٥) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن سائر النسخ ٠

وان كان غير محرم لها[٦٦] لم تؤمر بالخروج مع غير محرم ، وان رضي الزوج بذلك ٠

لأن الزوج طلب[٦٧] منها ما لا يرضى به الشرع ، وهو المسافرة من غير[٦٨] زوج ولا محرم ٠

وهذا التفصيل الذي ذكره صاحب الكتاب ايضا جواب ظاهر الرواية ٠

وقال أبو القاسم الصفار[٦٩] :

---

(٦٦) ب : غير محرم لم تؤمر ٠٠

(٦٧) ب : يطلب ٠

(٦٨) فجم : مع غير زوج ولا محرم ٠

(٦٩) ابو القاسم الصفار احمد بن عصمة الملقب « حم » بفتح الحاء البلخي الفقيه المحدث ٠ أخذ عن نصير بن يحيى عن محمد بن سماعة عن ابي يوسف ، وكان اماما كبيرا ، اليه الرحلة ببلخ ، نقل عنه ابو جعفر الهندواني وسمع منه الحديث ، وروى عنه ابو علي الحسين بن الحسن بن صديق بن الفتح الوزغجني ، وتفقه عليه ابو حامد احمد بن الحسين المروزي ، شيخ ثقة مات في ليلة الاثنين في شهر شوال لعشر بقين منه سنة ست وعشرين وثلثمائة وهو ابن سبع وثمانين سنة انظر ترجمته في الجواهر المضية : ١/٧٨ رقم : ١٤٢ ، الفوائد البهية : ٢٦ وفيها انه نقل عن الكفوي ان وفاته سنة ٣٣٦هـ ، الطبقات السنية : ١/٤٥٤ رقم ٢٤٤ وفيه انه تفقه على ابي جعفر الهندواني وهو سهو ، فالهندواني نقل عنه كما يرد في ترجمته كتاب المختلف لابي القاسم الصفار ، فلننظر ذلك في الجواهر المضية ٢/٦٨ رقم ٢١١ ضمن ترجمة محمد بن عبدالله بن محمد ابي جعفر الهندواني ، طبقات الفقهاء المنسوب لطاش كبرى زادة : ٦٤ ، طبقات ابن الحنائي (الورقة ١٨ ب) وفيهما انه في طبقة الكرخي وانه مات سنة تسع وثلاثين وثلثمائة ٠

هذا كان في زمانهم [٢٥٧ ب] أما في زماننا ، فلا(٧٠) يملك الزوج أن يسافر بها ، وان أوفى(٧١) صداقها ؛ لأن في زمانهم كان الغالب من حالهم الصلاح ، اما في زماننا [فقد] فسد الناس ، والمرأة (٧٢) متى كانت فيما بين عشيرتها ، فالزوج لا يمكنه أن يظلمها(٧٣) ، ومتى نقلها الى بلدة أخرى ظلمها ، وهي لا تقدر أن تستغيث بأحد(٧٤) .

هذا هو الكلام في الاب .

وأما الكلام في الوكيل اذا وكلت المرأة وكيلا بمطالبة الزوج بمهرها ، كان الامر في اشتراط حضرة(٧٥) المرأة ، وأخذ الكفيل بالمهر من الوكيل عند التهمة ، ورجوع(٧٦) أبي يوسف كالكلام في الاب .

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني :

هذه المسألة على هذا البيان(٧٧) لاتوجد في المبسوط ، وانما ستفيدت من صاحب الكتاب رحمه الله .

---

(٧٠) ل : فانه لايملك الزوج ..

(٧١) فجم : وان اقر في صداقها .

(٧٢) فلجم : فالمرأة . س : والمرأة متى كانت في غير عشيرتها تمكن الزوج من ظلمها وهي لا تقدر على الاستعانة بأحد ...

(٧٣) فجم : ان ينقلها . ل : يطأها .

(٧٤) قول أبي القاسم الصفار تجده في الفتاوى الهندية : ١/٥٤٥ .

(٧٥) ف : حضور

(٧٦) « ورجوع » هذه الكلمة ليست في فج ومحلها بياض فيهما .

(٧٧) فجم : على هذا المثال .

[ليس للاب قبض المهر بعد الدخول الا بوكالة منها]

[١١٥٨] قال :

فان كان الزوج دخل بامرأته ، وغشيها ، فليس للاب ان يقبض المهر من الزوج الا بوكالة منها[٧٨] ٠

لما قلنا من قبل ٠

فان ارادت أن تمتنع من المصير الى الزوج حتى تقبض مهرها ، فان أبا حنيفة رحمه الله قال : لها ذلك ٠

وقال[٧٩] أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : ان كان قد دخل بها برضاها فليس لها ذلك ، بل تجبر على المصير اليه ، وتطالبه بمهرها بعد ذلك ٠

وقد ذكرناه على الاستقصاء في الجامع الصغير [٨٠] ٠

[الخلاف في الدخول]

[١١٥٩] قال :

فان طالب الاب الزوج بالمهر ، وقال : ابنتي بكر في منزلي[٨١]، وقال الزوج : بل دخلت بها ، فالقول في ذلك قول الاب ٠

لأنه متمسك بالاصل ، والزوج يدعي العارض ، والاب ينكر وبهذا الانكار ينكر ولاية قبض الصداق الثابت له بالعقد ٠

---

(٧٨) فجم : الا بانكار منها ٠

(٧٩) ص : وقالا ان كان قد دخل ٠٠

(٨٠) هـ : في الجامع (بسقوط كلمة الصغير)

(٨١) قوله (في منزلي) ليس في ص ٠

[١١٦٠] قال :

فان قال الزوج : حلف الأب أنه لم يعلم اني دخلت بها فانه لا يمين عليه في ذلك ٠

فان قيل : وجب أن [٢٥٨ أ] تتوجه عليه اليمين ، لأن الزوج يدعي عليه معنى لو أقر به لزمه ، وهو سقوط حقه في المطالبة بالمهر الا بالوكالة(٨٢) من جهة البنت(٨٣) ٠

قيل له : الجواب عنه من وجهين :

أحدهما : ان الزوج لا يدعي على الاب شيئا ، وانما يدعي عليها(٨٤) معنى وهو الدخول ، حتى اذا ثبت ذلك سقط حق الاب في قبض الصداق ، وصار(٨٥) كما اذا اشترى جارية ، ثم ان المشتري ادعى أنها زوجة فلان ، وأراد يمين البائع لا تتوجه عليه اليمين ؛ لأنه لا يدعي على البائع شيئا ، وانما يدعي على الغائب معنى ، وهو النكاح ، حتى اذا ثبت النكاح ثبت للمشتري حق الرد بالعيب(٨٦) ، كذا هذا ٠

والثاني : ما [اشار] اليه صاحب الكتاب فقال :

لأنه لو أقر بالدخول لم يجز ذلك عليها ؛ لانه اقرار على غير ، الا أنه يبطل حقه(٨٧) في القبض ، ما لم يوجد التوكيل

---

(٨٢) فجلم : الا بوكالة ٠

(٨٣) فكمج : الابنة ٠

(٨٤) س : عليه ٠

(٨٥) ب : وصار هذا كما اشترى ٠٠٠

(٨٦) قوله : (بالعيب) ليس في س ف جم ٠

(٨٧) في حاشية س : يبطل حقه في النصف ٠

منها ، فكان بمنزلة الوكيل[٨٨] يقبض الدين اذا ادعى المديون أن الموكل[٨٩] أبرأه ، أو استوفى الدين منه ، فانه لايمين على الوكيل ، وان كان الابراء والاستيفاء من الموكل لو ثبت يبطل حق الوكيل في القبض ، فكذا[٩٠] ههنا •

[١١٦١] قال :

فان قال الزوج للقاضي : مر الاب باحضارها فاسألها[٩١] عما أقول من دخولي بها ، فان كانت المرأة ممن تخرج في حوائجها أمره باحضارها حتى يسألها عن دعوى الزوج •

لأن الزوج لو ادعى عليها شيئا آخر ، فان القاضي يحضرها[٩٢] مجلسه اذا كانت برزة [٩٣] ممن تخرج ، فكذا اذا ادعى عليها هذا الحق •

وان كانت ممن لاتخرج في حوائجها بعث اليها[٩٤] القاضي أمينا من أمنائه ، ويدخل عليها الاب رجلين عدلين ممن يعرفها يحضران مع الامين والزوج [٢٥٨ ب] فيسألها الامين عن دعوى الزوج •

---

(٨٨) س : التوكيل •

(٨٩) فجم : ان الوكيل

(٩٠) لب : كذلك ههنا •

(٩١) جفكل : وسلها •

(٩٢) فم : يجهزها •

(٩٣) س : بارزة • قال في القاموس : وامرأة برزة بارزة المحاسن او متجاهرة كهلة جليلة تبرز للقوم يجلسون اليها ويتحدثون وهي عفيفة (قاموس : برز : ٢/١٧١) •

(٩٤) هـ : بعث القاضي اليها • فجم : بعث اليها أمينا •

فان أقرت يشهد[٩٥] الشاهدان بذلك ، واجبرها[٩٦] القاضي على المصير الى منزل الزوج[٩٧] ، ويطالبه بمهرها ٠

وان انكرت الدخول فالقول قولها ٠

وان قال الزوج : حلفها أني لم أدخل بها ، حلفها الامين على ذلك اذا كان القاضي أمره باستحلافها ان انكرت ٠

[١١٦٢] قال :

فان قال الزوج : قد دخلت بها برضاها ، وقالت هي : لم أرض بذلك ، ولكنه استكرهني على نفسي ، فالقول قولها مع يمينها على ذلك : انه لم يدخل بها برضاها ٠

لأن حق الحبس كان ثابتا لها ، والزوج يدعى سقوط حقها في الحبس بالدخول برضاها ، وهي تنكر ، فالقول قولها ، كالمشتري اذا قبض المبيع قبل[٩٨] نقد الثمن ، وقال المشتري : قبضت برضى البائع ، وقال البائع قبضت بغير رضاي ٠

[١١٦٣] قال :

ولو قالت المرأة : قد خلا بي ، الا أنه لم[٩٩] يقع علي ، ولم امكنه[١٠٠] من ذلك[١٠١] ، حتى اقبض مهري ، فالقول قولها أيضا ٠

---

(٩٥) ل : فشهد ٠

(٩٦) س : ويجبرها ٠ ف : واخبرها ٠

(٩٧) بل : زوجها ٠

(٩٨) فجم : على نقد الثمن

(٩٩) س : لم يفتضني

(١٠٠) هـ : ولا امكنه ٠ فجم : ولم امنعه

(١٠١) قوله : « من ذلك » ليس في ل ٠

لما قلنا .

[١١٦٤] [قال][١٠٢] :

فان قال الزوج : قد خلوت بها ، فبالخلوة ما يجب لي أن تصير الي ، ثم تطالبني بمهرها ، فليس له ذلك .

لما اشار اليه صاحب الكتاب ؛ لأن الخلوة ليست بجماع ، وانما عرفنا وجوب المهر بالطلاق بعد الخلوة بالحديث[١٠٣] .

ألا ترى أنه لو طلقها بعد الخلوة لا يملك رجعتها في هذه العدة ، وهي بعد الخلوة تملك مطالبة الزوج بالاجماع[١٠٤] .

[حبس الزوج بالمهر]

[١١٦٥] قال :

فان لم يثبت الدخول بها ، وطلبت المرأة حبسه بمهرها ، حبسه[١٠٥] القاضي بذلك .

---

(١٠٢) الزيادة من س هـ ب

(١٠٣) قوله : وانما عرفنا وجوب المهر بالطلاق بعد الخلوة بالحديث .. قلت هو حديث عمر وعلي انهما قالا : اذا اغلق بابا وأرخى سترا فلها الصداق كاملا وعليها العدة الذى اخرجه كما يقول ابن حجر البيهقي عن الاحنف عنهما وفيه انقطاع وفي الموطأ عن يحيى بن سعيد عن ابن المسيب عن عمر في المرأة يتزوجها الرجل انها اذا أرخت الستور فقد وجب الصداق وروى عبدالرزاق في مصنفه عن ابي هريرة قال قال عمر اذا ارخيت الستور وغلقت الابواب فقد وجب الصداق ، وفي الدارقطني من طريق عباد بن عبدالله عن علي قال : اذا اغلق بابا وارخى سترا ورأى عورة فقد وجب عليه الصداق .. (تلخيص الحبير : ٣/١٩٣ رقم ١٥٥٥) .

(١٠٤) في ك وسائر النسخ : مطالبة الزوج بالجماع . والتصحيح من ب فقط

(١٠٥) ل : حبس القاضي الزوج لها بذلك .

لأن المهر دين كسائر الديون ، والزوج يحبس بسائر (١٠٦) ديون المرأة ، فكذا بهذا الدين •

[نفقة المرأة مدة الحبس]

[١١٦٦] قال :

فان قالت المرأة : مره(١٠٧) أن ينفق علي الى أن يدفع مهري أمره(١٠٨) بذلك •

لأن الحبس بالمهر والحبس بدين آخر سواء [٢٥٩ أ] ، ولو حبس(١٠٩) الزوج بدين آخر استحقت النفقة ؛ لكونها مقيمة في بيت الزوج ، فكذا اذا حبسته(١١٠) بهذا الدين •

[١١٦٧] قال :

فان ماطلها بذلك ، فسألت القاضي ان يفرض لها نفقـــة عليه ، فعل ذلك ، ويكون ما اجتمـــع عليـــه من النفقـــة بعـــد الفرض(١١١) دينا مع الصداق ، فيستديم الحبس ، الى أن يوفي الكـــل •

وهذا جواب ظاهر الرواية •

---

(١٠٦) س : بسائر الديون للمرأة •

(١٠٧) س : مره فلينفق • ب : فان قالت مره فلينفق

(١٠٨) س‌ب : أمره القاضى بذلك ، والعبارة مبتدئة من اول هذه المسألة الى هنا سقطت من فج •

(١٠٩) ل : حبست •

(١١٠) فجم : حبس

(١١١) فجم : بعد الدين دينا •

وقال بعض المتأخرين من[112] أئمة بلخ : انها لا تستوجب النفقة ؛ لأن المرأة انما تستوجب النفقة اذا زفت الى بيت زوجها.

لكن ظاهر المذهب انها تستحق ، اذا كانت تطيق الرجال ، وتجامع ، سواء زفت الى بيت زوجها ، أو لم تزف .

فان قال الزوج للقاضي : احبسها معي ، فان لي موضعا في الحبس خاليا[113] ، فاني أريد أن تكون معي ، لم تحبس معه ، ولكنها تصير في منزله ، ويحبس لها ؛ لأن الحبس لا يستحق بالنكاح .

[١١٦٨] قال :

وان كانت الجارية صغيرة زوجها[114] ابوها ، فطالب الاب الزوج بمهرها فله ذلك ، ويجبر الزوج على دفع المهر الى الاب .

لأن المهر يجب كله بنفس العقد ، وحق القبض للاب ، فيؤمر الزوج بالدفع اليه .

[١١٦٩] قال :

فان طلب الاب منه النفقة الى ان يدفع اليه المهر ، فـــ كانت[115] الجارية مثلها تطيق[116] الرجال وتجامع ، أمـره بالنفقة عليها .

---

(١١٢) ب : وقال بعض المتأخرين من المشايخ انها لا تستوجب ...

(١١٣) كف : خالي (كذا باثبات الياء)

(١١٤) ل : فزوجها . فجم : وزوجها .

(١١٥) س : فان كانت الجارية يجامع مثلها امر الزوج بالانفاق عليها .

(١١٦) ل : يطيق ... ويجامع .

لأن استحقاق النفقة باعتبار قيام الزوج عليها ٠

وان كانت لا تطيق الرجال لم يكن على الزوج نفقتها حتى تصير الى حال يجامع مثلها ٠

لأن معنى القيام(١١٧) لا يتحقق ههنا ٠

وعند شريح(١١٨) عليه النفقة على ما يأتى في باب نفقة المرأة(١١٩) ٠

[دعوى كونها تصلح للجماع أو لا تصلح]

[١١٧٠] قال :

فان طلب الاب مهرها ، وقال : هي صغيرة ، وقال الزوج : أنا ادفع اليه المهر [٢٥٩ ب] فمره(١٢٠) أن يدفعها الي ، فانها تطيق الرجال ، وتصلح للجماع ، فان كانت المرأة ممن تخرج ، أخرجها القاضي ، واحضرها ، فنظر الى قامتها ، فان صلحت للرجال(١٢١) أمره(١٢٢) بدفعها الى زوجها ، وان لم تصلح لم يأمره(١٢٣) ٠

---

(١١٧) ب : القيام عليها ٠

(١١٨) ب‌ف‌هـ‌ص : وعند شريح كان عليه

(١١٩) قوله : وعند شريح عليه النفقة على ما يأتي في باب نفقة المرأة قلت سيرد ذلك في الباب التسعين ٠

(١٢٠) ب‌ل‌هـ : فمره فليدفعها ٠

(١٢١) قوله : (فان كانت المرأة ممن تخرج ٠٠) الى هنا ليس في ب

(١٢٢) كل : أمر

(١٢٣) ف هـ : لم يؤمر ٠

وان كانت ممن لا تخرج أمر(١٢٤) من يثق بهن من النساء أن ينظرن الى قامتها ، فان قلن انها تطيق الرجال وتحتمل الجماع قيل للاب اقبض مهرها ، وسلمها اليه ، فان قلن لا تحتمل الرجال أجبر الزوج على دفع المهر الى الاب ، ولا يجبر الاب على دفع(١٢٥) البنت الى الزوج ٠

[١١٧١] قال :

وكذلك اذا ادعى الزوج انها(١٢٦) بلغت مبلغ النساء ، وقال الاب : هي صغيرة لم تبلغ ، ولا تحتمل (١٢٧) الرجال ، وهي ممن يشك في بلوغها ، نظر اليها النساء ٠

فان قلن : [انها](١٢٨) لا تحتمل الرجال ، اجبر الزوج على دفع المهر الى الاب ٠

وان قلن : انها تحتمل الرجال دفعت الى الزوج ؛ لانهم لو اتفقوا [على] أنها صغيرة لكنها تحتمل الرجال دفعت الى الزوج ٠

فان شكوا في بلوغها ، واتفقوا انها تحتمل الرجال(١٢٩) أولى أن تدفع [الى الزوج](١٣٠) ٠

---

(١٢٤) ص : امر القاضي ٠ فك : امر ممن يثق ٠

(١٢٥) سلفج : على تسليم البنت ٠ هـ : على تسليم الثيب ٠

(١٢٦) ص : انها قد بلغت ٠

(١٢٧) ف هـ : تحمل ٠ ك : تتحمل ٠ وعلى هذا كل الالفاظ التي ستأتي ٠

(١٢٨) الزيادة من ل ٠ وفي ب : فاذا قال ذلك النساء تحتمل الرجال ٠

(١٢٩) ف ج : انها تحتمل الرجال دفعت الى الزوج ٠

(١٣٠) الزيادة من لفج ٠

[١١٧٢] قال :

فان أتى الزوج ببينة تشهد على سنها ، وقد عرفوا مولدها ، وكانت ابنة خمس عشرة سنة دفعت الى الزوج ٠

لأن الظاهر أن المرأة اذا بلغت(١٣١) بسنها خمس عشـــرة سنة تصلح للرجال ، وتحتمل(١٣٢) الجماع ، والبناء على الغالب واجب ، حتى يتبين ما يخالفه ٠

فان تبين لا يؤمر ٠

لأن هذا امر ينبني على الطاقة ؛ ألا ترى أن البالغة اذا كانت لا تحتمل لا يؤمر الاب أيضا بالدفع ٠

[١١٧٣] قال :

فان كان أهلها قد دفعوها الى الزوج ، أو كان أبوها قد دفعها اليه ، ثم رجعت الى منزل أبيها ، فطلبها الزوج ، وقال : قد دخلت بها ، وقال أهلها : نعم قـــد دخـــل بهـــا ، ولكنـــه(١٣٣) قد عقرها(١٣٤) ، وذلك أنها [٢٦٠ أ] لا تحتمل الرجال ، وقـــال الزوج : لا بل هي تطيق الرجال ، وما عقرتها ، لكنها نشـــزت علي ، فانها أيضا ترى النساء ٠

---

(١٣١) هـ : بلغت سنها ٠ ف : بلغ سنها ٠ ل : بلغت بالسن ٠

(١٣٢) س : وتحتمل الرجال بالجماع

(١٣٣) س : ولكنه ما عرفها ٠

(١٣٤) عقرها : أي جرحها قال السفي : قال في شرح الغريبين : سمي العقر عقرا لانه يجب على الواطيء بعقره اياها بازالة بكارتها اي بجرحه من حد ضرب هذا هو الاصل ثم صار للثيب وغيرها (طلبة الطلبة : ٤٥)

فان قلن انها ممن تطيق الرجال دفعت الى الزوج •

[١١٧٤] قال :

واذا كان ابوها دفعها اليه ، وهي ممن لاتطيق الرجال ، ولا[١٣٥] تحتمل الوطء ، فصارت في منزل زوجها ، ثم انها رجعت الى منزل أبيها ، فقال أبوها : لا ادفعها [اليك][١٣٦] الى أن تصير الى حال[١٣٧] تحتمل الرجال ، وقال الزوج : قد كنت دفعتها الي [١٣٨] ، وصارت في منزلي ، فليس لك منعي بعد ذلك ، فللأب ذلك •

لما قال[١٣٩] صاحب الكتاب : ان الزوج لا ينتفع بها في هذه الحالة •

[المهر والنفقة اذا كان الزوج صغيرا]

[١١٧٥] قال :

وان كان الزوج صغيرا زوجه أبوه ، او جارية صغيرة زوجها أبوها ، أو امرأة كبيرة زوجها وليها باذنها ، فللأب أن يقبض مهر الصغيرة من مال الصبي ، وكذا مهر الكبيرة[١٤٠] ان كانت بكرا ، وهي تقبض ان كانت ثيبا •

---

(١٣٥) س : ولا تحتمل الجماع • هـ : لا تطيق الوطء ولا تحتمل الرجال •

(١٣٦) الزيادة من ل •

(١٣٧) سك : الى الحال التي تحتمل • وقد سقطت هذه العبارة من فجم وما اثبتناه عن ل

(١٣٨) من قوله : (فصارت في منزل زوجها ، ثم انها رجعت ••) في بداية هذه المسألة الى هنا ليس في فجم •

(١٣٩) س : لما قلنا قال صاحب الكتاب • هـ : فللأب ذلك قال صاحب الكتاب •

(١٤٠) هـ : وكذا مهر الصغيرة •

لأن المهر انما يجب بنفس العقد ، والعقد قد صح ·

وان طلبت النفقة وقد قبضت المهر انفق عليها من مال الغلام ·

فرق بين هذا وبين ما اذا كان الزوج كبيرا ، والمرأة صغيرة ؛ فانها لا تستوجب النفقة على الزوج الكبير(١٤١) ·

والفرق : ان استحقاق النفقة بحكم قيام الزوج عليها ، فمتى كان الزوج كبيرا والمرأة صغيرة(١٤٢) فالمانع من القيام عليها جاء من قبلها ، فمنع استحقاق النفقة · ومتى كان(١٤٣) بالعكس فالمانع جاء من قبل الزوج ، فلا يمنع استحقاق النفقة لها ، وصار هذا كالخلوة بالرتقاء ، لا توجب تأكيد(١٤٤) المهر ، وخلوة العنين والمجبوب توجب(١٤٥) ؛ لما قلنا ·

[ولاية الاب على الصغيرة]

[١١٧٦] قال :

ولو أن رجلا زوج ابنته وهي صغيرة من رجل ، وهي تحتمل الرجال ، وتصلح(١٤٦) للوطء ، فدفعها(١٤٧) أبوها من [٢٦٠ب]

---

(١٤١) ص : الكبيرة ·

(١٤٢) فجمص : والمرأة صغيرة فانها لا تستوجب النفقة على الزوج الكبير فالمانع من القيام ·· وهو سهو حاصل من اعادة عبارة سبقت ·

(١٤٣) ب : ومتى كانت المرأة كبيرة والزوج صغير فالمانع من القيام عليها جاء من قبله فلا يمنع استحقاق ··

(١٤٤) ل : تأكد ·

(١٤٥) س : توجب تأكيد المهر ·

(١٤٦) س : وتطيق الجماع ·

(١٤٧) هـ : قد دفعها ·

غير أن يأخذ منه مهرها ، فوطئها الزوج ، فللأب أن يطالب بمهرها ، ويأخذه[148] من زوجها ثيبا كانت أو بكرا ، ما دامت صغيرة لم تبلغ مبلغ النساء ٠

لأن الاب ولي الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا ؛ الا ترى أنه يملك التصرف في سائر أملاكها ٠

[دعوى الاب موت ابنته ومطالبته بميراثه من مهرها]

[١١٧٧] قال :

وان طالب الاب [الزوج][149] بمهر ابنته[150] ، فاحضر زوجها فقال الاب : [قد ماتت ابنتي ، ولم تدع وارثا غيري وغير زوجها هذا ، فأنا أريد نصف مهرها الذي هو][151] حقي[152] ، وقال الزوج : لم تمت ، وانما يدفعني[153] عنها ، وليس للاب بينة تشهد على موتها ، والزوج يطلبها من الاب ، ويقول : ادفعها الي ، فليس للأب أن يقبض من الزوج شيئا ٠

لما قال صاحب الكتاب : ان[154] الاب لما ادعى موتها فقد أقر[155] أنه خرج من ولاية القبض لها ، وانما

(١٤٨) ف ك : ويأخذ ٠

(١٤٩) الزيادة من هـ ٠

(١٥٠) هـ : بمهر امرأته ٠

(١٥١) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن سائر النسخ ٠

(١٥٢) فجم : حقها

(١٥٣) ف : لم تدفعني

(١٥٤) هـ : الا أن الاب ٠

(١٥٥) س : فقد أقر بخروجها من ولاية القبض ٠

يدعي[١٥٦] نصف المهر لنفسه بعد ذلك ، معناه أنه أقـر[١٥٧] بانقطاع الولاية الثابتة له ، وانما يدعي بعد ذلك شيئا حادثـا لاثبات ولاية قبض المهر ، وهو ينكر ، فيكون[١٥٨] القول قول المنكر ٠

ونظير هذا رجل له ابنان ، وله على أحدهما ألف درهـم ، فوكل ابنه الآخر بقبضها منه ، فقال الوكيل بعد ذلك : قد مـات أبي[١٥٩] ، فورثته[١٦٠] أنا وأنت هذه الالف ، فادفع الـي نصفها ، وقال[١٦١] الذي عليه الالف : لم يمت أبـي ، فليس للوكيل أن يقبض من أخيه شيئا ٠

لأنه أقر بانقطاع الولاية الاولى ، وادعى حدوث الولاية بعد ذلك ، وهو ينكر ٠

[دعوى الزوج موتها ومطالبته بميراثه من مهرها]

[١١٧٨] قال :

ولو أن الاب في المسألة الاولى طالب[١٦٢] الزوج بمهر[١٦٣] ابنته ، وقال : هي حية بالبصرة ادفعها[١٦٤] اليك هناك ، وقال

---

(١٥٦) فجم : ادعى ٠
(١٥٧) س : اقر باسقاط الولاية ٠
(١٥٨) ف : فيقول قول المنكر ٠
(١٥٩) هـ : قد مات ابني ٠
(١٦٠) ل : وورثت ٠
(١٦١) س : وقال المدعى عليه لم يمت ابي ٠
(١٦٢) صك : طلب ٠
(١٦٣) س : بمهرها يعني ابنته
(١٦٤) ل : وانا ادفعها اليك هناك : فجم : ادفعها الي ههنا ٠

الزوج : قد ماتت : ولي نصف المهر ولك النصف ، فالقول قول الاب ، وله أن يأخذ المهر من الزوج ٠

لأن ولاية القبض كانت ثابتة له ، وهو لم يقر بانقطاع تلك الولاية ، بل الزوج يدعي عليه الانقطاع ، وهو ينكر ، فكان القول قول المنكر ٠

فاذا لم يثبت الموت [٢٦١ أ] يقال للزوج سلم المهر اليه ، ويوثق [١٦٥] له ، فان دفعها [١٦٦] اليه بالبصرة كما قال ، والا رد عليه نصف المهر بالميراث ٠

وان رجع [١٦٧] الى تصديقه وقال [١٦٨] : هي ماتت ، دفع اليه نصف المهر الذي قبضه منه ٠

والله أعلم بالصواب ٠

★ ★ ★

---

(١٦٥) س ص : وتوثق به ٠ ل : ويوثق له منه ٠

(١٦٦) س : فاذا دفع المرأة بالبصرة كما قال والا يرد عليه نصف المهر بالميراث او يرجع الى تصديقه فيقول قد ماتت فيدفع اليه نصف المهر الذي قبض ٠

(١٦٧) كب ف ص هـ : او رجع الى تصديقه ٠

(١٦٨) ف : فان قال ٠ ص : وقال قد قامت ٠ كب وقال قد ماتت ، هـ : وقد ماتت

الباب الرابع والثمانون

﴿ في العنين والمجبوب[1] ﴾

[يؤجل العنين سنة]

[١١٧٩] ذكر عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه [أنه][2] قال :

يؤجل العنين سنة ، فان انتشط[3] قبل[4] ذلك والا فرق بينهما وابتغي كل واحد منهما من فضل الله تعالى[5] •

وهذا الحكم[6] مروي عن عمر وعلي وعبدالله بن مسعود رضي الله عنهم[7] •

---

(١) ب : في العنين والمجنون • وهو تصحيف •

(٢) الزيادة من ب •

(٣) ب : فان هو انتشط

(٤) كهبس : فسبيل ذلك • ل : فبسبيل ذلك •

(٥) حديث علي رضي الله عنه انه قال يؤجل العنين سنة •• الخ رواه عبد الرزاق عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن علي قال : يؤجل العنين سنة فان اصابها والا فهي أحق بنفسها (المصنف : ٦/٢٥٤ رقم ١٠٧٢٥)
وروى البيهقي نحوه من طريق محمد بن اسحق عن خالد بن كثير عن الضحاك عن علي رضي الله عنه قال يؤجل العنين سنة فان وصل والا فرق بينهما (السنن الكبرى : ٧/٢٢٧) وبالاسناد الاخير رواه ابن ابي شيبة عنه (نصب الراية : ٣/٢٥٤) وانظر الدرايه : (٢/٧٧ رقم ٥٨٩) وفيهما ان عبدالرزاق اخرجه من طريق يحيى الجزار عن علي •
وتلخيص الحبير : (٣/١٧٩ ضمن الرقم ١٥٤٠) •

(٦) ف ج م : وهذا الفصل

(٧) انظر بشأن آراء الصحابة والفقهاء في هذه المسألة : السنن الكبرى ٧/٢٢٦ ـ ٢٢٧ . مصنف عبدالرزاق : ٦/٢٥٣ ـ ٢٥٥ رقم ١٠٧٢٠ـ١٠٧٣٠ ، مجمع الزوائد : ٤/٣٠١ ، جامع مسانيد الامام الاعظم : ٢/١١٥ـ١١٦ ، الآثار لابي يوسف : ص١٤١ رقم ٦٤٠ـ٦٤٢ المبسوط : ٥/١٠٠ـ١٠٥ ، نصب الراية ٣/٢٥٤ـ٢٥٥ ، الدراية : ٢/٧٧ـ٧٨ رقم ٥٨٩ ، البحر الزخار : ٤/٦٤ـ٦٥ ، تلخيص الحبير : ٣/١٧٩ رقم ١٥٤٠ ، اخبار القضاة : ٢/٢٥١ ، ٢٦٧ ، ٢٨١ •

ذكر صاحب الكتاب ههنا : وهذا لأن العجز عن الوصول اليها محتمل [أن يكون][8] لقصور في أصل الخلقـــة ، فيتحقق[9] فوات[10] الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسـان[11] • ويحتمل أن يكون لداء[12] على شرف الزوال ، فلا يتحقق فوات الامساك بالمعروف ، فلا يجب التسريح بالاحسان • ولا يتبين[13] أحدهما من الآخر الا بمضى مدة[14] ، فقـدرت بالحـول : لانه يشتمل على الفصول الاربعة •

وقد ذكرنا تمام هذا الفصل في شرح المختصر في كتاب النكاح •

[١١٨٠] وقد ذكر صاحب الكتاب في الكتاب آثارا كثيرة[15] تدل على ان العنين مما يؤجل[16] سنة •

وقد ذكر[17] من جملة الآثار حديث علي رضي الله عنه قال : جاءت امرأة[18] الى علي رضي الله عنه فقالت : يا أمير المؤمنين

(٨) الزيادة من س • وفي هـ : محتمل التصور في اصل الخلقة •
(٩) ف هـ ص ج م : ليتحقق •
(١٠) س : فوات الامتثال
(١١) قوله : (بالاحسان) ليس في هـ •
(١٢) ف ج م : الداء • س : داء
(١٣) س : ولا يبين •
(١٤) ف ك : الا بهذه فقدر بالحول • ص : من الاخر بهذه • ب : الا بمدة فقدر • هـ • بمدة فقدر • ل فقدر ذلك بالحول ، والتصحيح من س •
(١٥) ل : آثارا كثيرة كلها تدل
(١٦) كذا في ب ل هـ ك ص : مما يؤجل • وفي ف ج م : لا يؤجل • وفي س : ان العنين يؤجل سنة •
(١٧) س : وذكر حديثا عن علي •
(١٨) ل : امرأة حسناء جميلة الى علي ، وهو موافق لما في البحر الزخار ٤/٦٥ •

هل لك في امرأة لا أيم ولا ذات بعل ؟ فقال علي رضي الله عنه : من صاحب هذه ؟

فجاء شيخ كبير قد اجتنح يدف[19] اي مال ، وتقرب قليلا قليلا ، فقالت[20] ربا أمير المؤمنين ، قد ترى هيئتها[21] • فقال علي رضي الله عنه : هل مع هذا شيء[22] ؟

قال : لا •

قال : ولا[23] من آخر السحر ؟

قال : لا •

قال : [قد][24] هلكت واهلكت •

قالت : يا أمير المؤمنين فرق بيني وبينه •

فقال : ما أنا بمفرق[25] بينكما ، فاتقي الله واصبري مع زوجك[26] • [٢٦١ب] •

---

(١٩) ص : احتج برمق • ب : قد اجنح يسرع يزف • س : قد اجتنح يدب أي مال تقرب • هـ : يدنى • وقد سقطت من ف ج م وما اثبتاه عن ل ومعنى يدف : اى يسير سيرا لينا النهاية : ٢/١٢٥ مادة دفف •

(٢٠) ل س : فقال •

(٢١) ب : هيئته

(٢٢) ل : من شيء •

(٢٣) س : ولا وقت السحر • هـ : شيء قالا لا وحين آخر السحر •

(٢٤) الزيادة من س •

(٢٥) س : قال انا نفرق بينكما (وهو سهو)

(٢٦) حديث المرأة التي جاءت الى علي رضي الله عنه رواه البيهقي في النكاح من سننه عن أبي طاهر الفقيه ، أنبأ ابو عثمان عمرو بن عبدالله البصري ، ثنا محمد بن عبدالوهاب ، أنبأ يعلى بن عبيد ، ثنا سفيان عن ابي اسحق عن هانيء ابن هانيء قال : جاءت امرأة الى علي رضي الله عنه حسناء جميلة ، فقالت : ياأمير المؤمنين هل لك في امرأة لا أيم ولا ذات زوج ، فعرف ما تقول ، فأتى بزوجها ، فاذا

وهذا يحتمل تأويلين[٢٧] :

احدهما : اصبري حولا ، وبه نقول •

والثاني : أنه قد غشيها مرة وعجز[٢٨] عن الوصول اليها • وبه نقول ، ان الزوج[٢٩] متى غشيها مرة لا ينبت لها حق المطالبة بالفرقة بعد ذلك •

هو سيد قومه فقال : ما تقول فيما تقول هذه ؟ قال : هو ما ترى عليها • قال شيء غير هذا ؟ قال : لا • قال ومن آخر السحر ؟ قال ولا من آخر السحر • قال : هلكت واهلكت ، واني لاكره أن افرق بينكما انتهى قال البيهقي : ورواه شعبة عن ابي اسحق بمعناه قال : وجاء زوجها ينلوها من بعدها شيخ على عصا ، وزاد : وانقي الله واصبري • انتهى • قال البيهقي : اخبرنا أبو عبدالله الحافظ اخبرني ابو بكر محمد بن احمد بن خالويه ، انبأ محمد بن يونس ، ثنا روح ، ثنا شعبة ، فذكره • انتهى قال البيهقي : قال الشافعي رحمه الله في سنن حرملة هذا الحديث لو كان يثبت عن علي رضي الله عنه لم يكن فيه خلاف لعمر رضي الله عنه لانه قد يكون اصابها ثم بلغ هذا السن فصار لا يصيبها • ثم ساق الكلام الى أن قال : مع انه يعلم ان هانيء بن هاني لا يعرف وان هذا الحديث عند اهل العلم بالحديث مما لا يثبتونه لجهالتهم بهانيء بن هانيء • السنن الكبرى : ٢٢٧/٧ قال العلامة علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني : معلقا على هذا القول : قلت : هانيء معروف قال فيه النسائي ليس به باس ، واخرج له الحاكم في المستدرك وابن حبان في صحيحه وذكره في الثقات من التابعين •• الجوهر النقي في هامش السنن : ٢٢٧/٧ وانظر حول الحديث البحر الزخار وبذيله جواهر الاخبار ٦٥/٤ ويرويه بلفظ مقارب لما ورد هنا وقال هذه حكاية الشفاء عن ابي العباس الحسني يرفعه باسناده عن هانيء بن هانيء • وانظر المبسوط ١٠٠/٥- ١٠١ • ورواه عبدالرزاق عن هانيء بن هانيء الهمداني (المصنف : ٢٥٦/٦ - ٢٥٧ رقم ١٠٧٣٥ - ١٠٧٣٦) ورواه ابن حزم من طريق الحجاج بن المنهال انا شعبة ، عن ابن اسحق السبيعي ، قال : سمعت هانيء بن هانيء قال رأيت امرأة جاءت الى علي ثم ساقه (المحلى : ٥٩/١٠)

(٢٧) ب : يحتمل وجهين •

(٢٨) ب : ثم عجز •

(٢٩) س : ان الزوج اذا وطيء امرأته مرة لا يثبت لها حق المطالبة بالتفريق بعد ذلك •

[تحتسب السنة من يوم يرتفعان الى القاضي]

[١١٨١] قال :

ولو أن امرأة قدمت زوجها الى القاضي فقالت : ان هذا تزوجني وأنا بكر ، أو ثيب ، وأنا مقيمة معه منذ زمان ، لم يصل الي • فقال الزوج صدقت ، الامر على ما قالت ، لم اصل اليها ، وأنا ارجو[٣٠] أن أصل اليها ، فان القاضي يؤجله سنة من يوم يرتفعان[٣١] اليه • فان وصل اليها ما بينه وبين سنة ، والا خيرها القاضي بعد[٣٢] مضي السنة ، فان اختارت الفرقة فرق الحاكم بينهما ، وكانت[٣٣] فرقة بطلاق [٣٤] •

لما قلنا •

[دعوى الوصول اليها]

[١١٨٢] قال :

وان قدمته الى القاضي ، فقالت : ان هدا تزوجني وأنا بكر[٣٥] ، ولم يصل الي ، فقال الزوج : كذبت ، بل وصلت اليها ، وماهي[٣٦] بكر ، فان القاضي يريها النساء •

لان للقاضي طريق معرفة الصادق من الكاذب أن[٣٧] يريها النساء •

---

(٣٠) ك هـ ص ب : ولم أرج • ف : ولم أبرح والتصحيح من ل س •
(٣١) س : من يوم ترافعا •
(٣٢) س : بعد ذلك اذا مضت السنة •
(٣٣) ف ج : وكانت فرقته •
(٣٤) ص : طلاقا •
(٣٥) س : تزوجني وانكر ولم يصل الي •• (وهو تصحيف)
(٣٦) ص : وهي تنكر فان القاضي •
(٣٧) ب : وهو أن يريها •

فان شهدن أنها بكر أجله سنة •

لان البكارة لا تبقى مع الوصول اليها ، فلما ثبتت البكارة تبين كذب الزوج •

فان ردته بعد سنة فقالت : لم يصل الي ، وقال هو : بـل وصلت اليها ، وماهي ببكر ، فان القاضي يريها النساء •

فان شهدت انها بكر على حالها يخيرها •

لان شهادتهن تأيدت بمؤيد ، فان الاصل في النساء البكارة ، فقبل(٣٨) بشهادتهن ، وخيرت المرأة •

وان قلن انها ثيب ، حلف(٣٩) الزوج : بالله لقد وصـلت اليها وجامعتها •

لان شهادتهن في هذه الصورة تجردت عن مؤيد ، فيحلـف الزوج ، لكن ينضم يمين الزوج الى شهادتهن فتتقـوى [بها](٤٠) شهادتهن فتصير حجة •

فان حلف فهي امرأته ، ولا خيار لها •

فان أبى(٤١) ان [٢٦٢ أ] يحلف ، ونكل عن اليمين ، خير القاضـي •

---

(٣٨) س : فتفيد شهادتهن •

(٣٩) هـ : احلف الزوج • ب : حلف الزوج ثانية لقد وصلت •

(٤٠) الزيادة من س

(٤١) س : وان نكل عن اليمين خيرها القاضي • ل : وان أبى •

[١١٨٣] قال :

فان قال الزوج للقاضي بعد الحول حين قدمته [اليه][٤٢] التانية ، قد كنت اعلمتك اني قد وصلت اليها قبل أن تقدمني اليك ، وقبل أن تؤجلني ، فأما بعد ما أجلتني ما وصلت اليها ، فان القاضي لا يحتاج أن[٤٣] يريها النساء ثانية ٠

لانه قد أراها[٤٤] مرة ، وشهدن انها بكر ، وكذبه القاضي في هذا الاخبار حين حكم عليه بالعنة ، فما ادعى[٤٥] من الوصول قبل رفع الامر الى القاضي صار عدما ، وقد أقر انه لم يصل في هذا التأجيل ، فيخيرها القاضي ٠

[١١٨٤] قال :

وان قال : قد كنت وصلت اليها قبل ان تقدمني ، وقبل أن رجلني ، ثم وصلت اليها بعد ما أجلتني ، فان القاضي يريهـا النساء ، فان شهدن أنها بكر خيرها ، وان قلن : انها ثيب حلفه على وصوله اليها ، ولم يخيرها[٤٦] اذا حلف ، وخيرها اذا ابى أن يحلف [ونكل][٤٧] ٠

[١١٨٥] قال :

وان قدمت الى القاضي وقالت : ان هذا تزوجني وأنا ثيب ، ولم يصل الي منذ تزوجني ، أو قالت : قد فسدت عذرتي من علة

---

(٤٢) الزيادة من س ٠

(٤٣) ب : الى ان يريها ٠ ومن قوله : (ان يريها النساء فان شهدن انها بكر اجله سنة لان البكارة ٠٠) في المسألة السابقة الى هنا ليس في ف ج م ٠

(٤٤) س : اراها اياهن مرة

(٤٥) ص : فيما ادعى ٠

(٤٦) ف ج م : ثم يخيرها ٠

(٤٧) الزيادة من س هـ ل ٠

اصابتني ، فأما هو[٤٨] فلم يصل الي ، سأله القاضي عن ذلك ، فان قال الزوج : قد وصلت اليها ، وجامعتها فالقول قوله مع بمينه ٠

لان الاصل في النكاح هو اللزوم ، والمرأة تدعي ثبوت حق الفسخ لنفسها ، والزوج ينكر ، فكان القول قوله مع يمينه[٤٩]؛ كالمشتري اذ طعن في المبيع بعيب فانكر[٥٠] البائع ٠

[١١٨٦] قال :

وان قالت : انا بكر ، ولم يصل الي ، وقال الزوج : قد وصلت اليها وجامعتها ، فأراها القاضي النساء فاختلفن عليها ، فقال بعضهن : هي بكر ، وقال بعضهن : هي ثيب ، وهي تقول : أنا بكر ، وهؤلاء غلطن ، فان القاضي يستظهر بنسوة غيرهن يريهن اياها ٠

لان الاشتباه باق ، فيسأل غيرهن ؛ كما في الشاهد [اذا] عدله واحد وجرحه [٢٦٢ ب] الآخر ، فانه يسأل من[٥١] غيرهما ، كذلك ههنا ٠

فان قلن : انها ثيب ، حلفه أنه وصل اليها ، ودفعها اليه ولم يجعل لها خيارا ، لانه ثبت كذبها ٠

---

(٤٨) من قوله : (ولم يصل الي منذ تزوجني ٠٠) الى هنا ليس في ف ج م ٠

(٤٩) من قوله : (لان الاصل في النكاح هو اللزوم ٠٠) الى هنا ليس في ص ٠

(٥٠) ل : وانكره ٠

(٥١) ك : عن ٠ ف : ممن ٠ وقد سقطت من هـ ٠

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

[ما لا يحتسب في سنة العنين من الايام وما يحتسب]

[أيام مرضه]

[١١٨٧] قال :

فان اجله القاضي سنة فمرض في السنة مرضا لا يمكنه معه](٥٢) الجماع ، لم تحتسب عليه الايام التي مرض فيها ٠

وكذلك ان مرضت هي لم تحتسب(٥٣) عليه الايام التي مرضت فيها ٠

لأن العجز عن الوصول انما يعتبر اذا كان بسبب العنة(٥٤) والعجز بسبب آخر يصير مستثنى ٠

[أيام هربها]

[١١٨٨] قال :

وكذلك لو هربت منه لم تحتسب عليه الايام التي غابت فيها من السنة ٠

لأن العجز انما جاء بسبب من جهتها ، فلا تحتسب عليه ؛ بخلاف ما لو كان الزوج هو الذي غاب ، فان تلك الايام تحتسب عليه(٥٥) ؛ لان العجز اذا (٥٦) جاء من جهته عن اختيار فتحتسب عليه ٠

---

(٥٢) الزيادة من س ب ٠ وفي ل : لا يمكنه الجماع معه فانه لم يحتسب٠

(٥٣) ف ك : لم تحتسب من الايام ٠ ل : لم تحتسب عليه ايام مرضها من السنة ان اجل ٠

(٥٤) ب : بسبب العنت ٠

(٥٥) ل : تحسب عليه من السنة لان العجز ٠

(٥٦) ب . انما جاء ٠

[أيام الحبس]

[١١٨٩] قال :

وان حبس في الحبس ، فامتنعت من أن تأتيه في الحبس ، لم تحتسب عليه تلك الايام ·

لأن العجز ما كان بسبب العنة[٥٧] ، ولا بسبب من جهته ·

[١١٩٠] قال :

وكذلك ان كان القاضي لما أجله سنة طلبت هي حبسه بمهرها، فحبسه القاضي، فامتنعت [هي] من اتيانه في الحبس[٥٨] [لم تحتسب[٥٩] عليه تلك الايام ·

لما قلنا ·

وان لم تمتنع عن اتيانه في الحبس][٦٠] لو كان له هناك موضع خلوة احتسبت عليه تلك الايام ·

لأن العجز جاء بسبب العنة[٦١] ·

[١١٩١] قال :

وكذلك لو حبست هي في حق لزمها ، فان كان الزوج يه اليها في الحبس ، ويمكنه الخلوة والمبيت[٦٢] فيها احتسبت علي

---

(٥٧) ب : العنت ·
(٥٨) هـ : الى الحبس · ف : وفي
(٥٩) ل : فانه لم تحتسب ·
(٦٠) ما بين القوسين سقط من الاصل ك وثبت على جاشيتها وسقط من نسخة ص ايضا ·
(٦١) ب : العنت ·
(٦٢) س : والمبيت واللبث معها ·

تلك الايام[٦٣] ، وان لم يمكنه لم تحتسب عليه •
لما قلنا من جانب الزوج •

[أيام الحيض]

[١١٩٢] قال :

وتحتسب أيام حيضها •

لأن[٦٤] الصحابة قدروا الاجل بسنة ، مع علمهم[٦٥] أن المرأة تحيض ، فعلم أنهم ما جعلوا زمان الحيض مستثنى من السنة •

وهذا لان الحيض مانع شرعا ، والعنة مانع[٦٦] حسا •

وان تخلل في هذه [٢٦٣ أ] المدة شهر رمضان ، فزمان[٦٧] الصوم يكون محسوبا من السنة[٦٨] لوجهين :

احدهما : انه يمكنه أن يأتيها بالليل •

والثاني ان الصوم مانع شرعا لا حسا •

وأما اذا أحرم الرجل أو أحرمت هي بالحج ، أو أحرما [فقد][٦٩] ذكر هذه المسألة في النوادر ، وذكر فيها خلافا بين أبي يوسف ومحمد •

---

(٦٣) ل : تلك المدة •

(٦٤) س : لان الصحابة قدرت الاجل بسنة مع علمهم بأيام الحيض فلم يكن زمان الحيض مستثنى من السنة •

(٦٥) ف : علمهن •

(٦٦) ل : مانعة

(٦٧) ل : وزمان الصوم كان ذلك محسوبا عليه •

(٦٨) من قوله : (وان تخلل في هذه المدة ••) الى هنا ليس في ب

(٦٩) الزيادة من ل •

فعلى قول محمد رحمه الله يكون محسوبا[٧٠] .
وعلى قول ابي يوسف رحمه الله : لا[٧١] .

[اشهاد القاضي على تأجيل العنين]

[١١٩٣] قال :

وينبغي للقاضي اذا أجله أن يشهد على تأجيله اياه ، وعلى الوقت ، ويثبت[٧٢] ذلك عنده .

لأن هذا من جملة[٧٣] الاحكام ، فينبغي أن يحتاط فيه بسجل أو كتاب ، حتى لا تشتبه عليه المدة عند انقضائها[٧٤] .

فاذا مضت السنة ثم مات القاضي أو عزل قبل ان تخير المرأة فولي قاض آخر فقدمت الزوج اليه ، وقامت عنده البينة أن فلانا القاضي كان أجله في أمرها سنة منذ وقت كذا ، وان السنة قد مضت ، فان القاضي يبني على هذا .

وكذلك لو مات القاضي او عزل ، ثم ولي قاض آخر ، فأقامت عنده البينة بذلك ، أو أقر به الزوج عند القاضي ، فالقاضي يبني على هذا ، حتى لو أقر الزوج بعدم الوصول بعد تمام السنة[٧٥] خيرها .

---

(٧٠) ل : يكون محتسبا بذلك .
(٧١) ل : لايكون محتسبا بذلك .
(٧٢) ف : ويكتب
(٧٣) ف ج م : من باب جملة الاحكام .
(٧٤) ف : عند اتضاحه .
(٧٥) من قوله : (بذلك أو اقر به الزوج عند القاضي ..) الى هنا ليس في ف ج م .

وان ادعى الوصول[٧٦] أراها النساء ، فان شهدن انها بكر خيرها •

لأن التأجيل[٧٧] حكم من القاضي ، وكل حكم امضاه القاضي ليس للقاضي الذي يأتي بعده أن يبطله ، فيبني عليه •

بخلاف ما لو شهد شهوده عنده ، فقبل أن يقضي مات ، أو عزل ، وولي آخر ، [فانه][٧٨] ليس له أن يقضي بتلك الشهادة•

لان الشهادة اذا لم يتصل بها القضاء لا تكون حجة • والثاني انما يعمل بما هو حجة •

[التحكيم في التأجيل خارج القضاء]

[١١٩٤] قال :

ولو ان المرأة نازعته في ذلك فلم يرتفعا[٧٩] الى القاضي دخل قوم بينهما[٨٠] ، فاصطلحا على أن اجلته سنة ، كما [٢٦٣ب] يؤجله القاضي ، فلما كان بعد السنة أبى أن يخيرها ، وارتفعا الى القاضي ، فان القاضي يستأنف التأجيل ، ولا يلتفت الى ذلك الاجل الذي كان بينهما •

لان سبب ذلك الاجل التراضي ، فكان بمنزلة ما لو لم تخاصم زوجها زمانا بعدما علمت بذلك ، ثم خاصمته الى القاضي •

---

(٧٦) ل : الوصول اليها •
(٧٧) ب : لان الفاصل حكم من القاضي (وهو تصحيف)
(٧٨) الزيادة من ل •
(٧٩) س : فلم يرفعها • هـ : فلم يترافعا •
(٨٠) ب : فيما بينهما •

[طلب الزوج التأجيل الى مدة أخرى]

[١١٩٥] قال :

وان أجله القاضي سنة فلم يصل اليها ، فسأل الزوج القاضي أن يؤجله سنة أخرى ، أو شهرا ، او أكثر من ذلك ، فانه لا ينبغي للقاضي أن يفعل ذلك الا برضى المرأة ٠

لأن الاجل مقدر شرعا ، فلا تجوز الزيادة عليه ٠

[١١٩٦] قال :

فان رضيت أن تؤجله أجلا[٨١] بعد الاجل الاول ، فعل القاضي ذلك ٠

لان صاحبة الحق رضيت به ٠

وان ارادت بعد ذلك الرجوع في الاجل فرجعت فيه ، فلها ذلك ، ويبطل الاجل ، ويخيرها القاضي ٠

لان التأجيل انما يلزم فيما صار مستحقا في الذمة دينا ، وليس هذا دينا[٨٢] ، فلا يلزم[٨٣] التأجيل ، فكان هذا تأخيرا لحقها ، بمنزلة التأقيت[٨٤] في العارية ، فلا يكون لازما[٨٥] ، وصار هذا كالشفيع اذا تشفع[٨٦] اليه المشتري أن يمهله شهرا فأمهله صح ذلك ، ولو رجع عن ذلك صح الرجوع ٠

---

(٨١) س : اجلا اخر على الاجل الاول

(٨٢) ك وسائر النسخ : دين (بالرفع)

(٨٣) ك ل هـ ب : ليلزم ٠ س : فيلزم ، وما اثبتناه عن ف ج م

(٨٤) س : التأجيل في العارية ٠

(٨٥) ف : فلا يكون رضا ٠

(٨٦) ف م ج : شفع اليه المشتري أن يمهله شهرا فأمهله صح الرجوع والفرق ان ثمة اسقطت حقها ٠٠ أي بسقوط كلام كبير ٠

وكذا المدعى عليه اذا استمهل المدعى شهرا لينظر فيه فأمهله صح ذلك[87] ، ولو رجع عن ذلك صح الرجوع[88] ٠
كذا ههنا ٠
فرق بين هذا وبين ما اذا رضيت بالمقام معه ، ثم خاصمته ، فانه لايسمع خصومتها[89] ٠
والفرق : أن ثمة اسقطت حقها على الاطلاق ، والساقط لا يحتمل الرجوع ٠
أما ههنا [فقد] أخرته ، فكان بمنزلة التوقيت[90] في العارية ، فكان لها[91] الرجوع ٠

[زواج العنين بها مرة اخرى بعد الفرقة]

[١١٩٧] قال :

فان اختارت الفرقة ففرق القاضي بينهما بعد أن لم يصل اليها ، ثم تزوجها ذلك الزوج بعد الفرقة تزويجا مستقبلا ، فلم يصل [٢٦٤ أ] اليها في هذا النكاح الثاني ، فخاصمته في ذلك الى القاضي ، وقالت : انه وعدني[92] الوصول الي ، وقال لي : ان عندي ما يحييني[93] ، وانما كنت مأخوذا عنك ، لم يقبل القاضي منها [ذلك][94] ، ولم يجعل لها الخيار ٠

---

(٨٧) الزيادة من ب ٠
(٨٨) ب : رجوعه ٠
(٨٩) من قوله : (وكذا المدعى عليه اذا استمهل ٠٠) الى هنا ليس في ف ج م ٠
(٩٠) س : الموقت ٠ هـ ل : التأقيت ٠
(٩١) هـ : له (وهو سهو) وقد سقطت من ف ج م ٠
(٩٢) ك : وعد لي ٠
(٩٣) س ل : ما تحبين
(٩٤) الزيادة من ل ٠

لأنها لما تزوجت به ثانيا مع علمها بحاله صارت راضية بذلك العيب[٩٥] •

بخلاف ما لو تزوجت به امرأة أخرى ، قد سمعت أنه لايصل الى النساء ، فان ذلك لايكون رضى منها ، حتى لو خاصمته في ذلك الى القاضي[٩٦] أجله سنة •

لأن العجز عن وطء امرأة لا يدل على العجز عن وطء[٩٧] جميع النساء ، فلم يوجد منها الرضى ببطلان حقها ، فكان لها الخيار كما اذا لم تعلم •

[ما يكون في حكم العنة]

[١١٩٨] قال :

ولو أن رجلا كانت له امرأة كان يصل اليها ، وأولد[٩٨] منها أولادا ، ثم طلقها طلاقا بائنا ، ثم تزوجها ثانيا ، فلم يصل اليها في هذا النكاح الثاني ، فهو بمنزلة العنين ، فان خاصمته في ذلك أجله القاضي سنة •

لأن العقد الثاني غير [العقد][٩٩] الاول ، وباعتبار كل عقد يتجدد لها حق المطالبة بايفاء حقها و[هي][١٠٠] لم ترض بذلك ، فكان لها الخيار •

---

(٩٥) ف : بتلك العنة •

(٩٦) ل : الى القاضى فانه يؤجله سنة

(٩٧) س : عن وطء اخرى من جميع النساء

(٩٨) س ك : وولد منها اولاد • هـ : وولد منها اولادا • ل وولد له منها اولاد •

(٩٩) الزيادة من حاشية الاصل ومن سائر النسخ •

(١٠٠) الزيادة من ل •

[١١٩٩] قال :

ولو تزوجها ، وكان يأتيها في مادون الفرج حتى ينــــزل ، وتنزل هي ، ولا يصل اليها في الفرج ، فأقامت معه على ذلـــــك زمانا ، وهي بكر ، أو ثيب ، لم يصل اليها في الفرج ، ثــــم خاصمته[١٠١] ، وقالت ليس يصل الي في الفرج ، فانه يؤجـــل ســـــنة ٠

لان مقاصد النكاح لا تتوفر عليها [بالاتيان][١٠٢] في مادون الفرج من نيل[١٠٣] اللذة ، وثبوت الاحصان ، وحصول النسل ، فكان هذا بمنزلة العنين ، فيؤجل سنة كما يؤجل العنين ٠

[دعوى الامة عنة زوجها]

[١٢٠٠] قال :

ولو ان أمة لرجل زوجها من رجل وهي بكـــر ، أو ثيب ، فخاصمت الامة الزوج الى القاضي ، وقالت : هو عنين ، ولـــم يصل الي ، أو مجبوب ، فان أبا حنيفة [٢٦٤ ب] وزفر قالا : الخيار في ذلك الى المولى ٠ فان رضي المولى فليس للامة خيار ، وان لم يرض بذلك كانت الخصومة اليه ٠

وقال أبو يوسف : الخيار في ذلك الى الامة ، وليس الى المولى من ذلك شيء ٠

---

(١٠١) ف : ثم خاصمته وطالبته ٠

(١٠٢) الزيادة من ف ج ب هـ ل ٠ وفي س : لا يتحقق بالاتيان ٠

(١٠٣) س : من قبل

هو يقول : الحق لها ؛ لان منفعة الجماع لها ، فكان حق الخصومة لها كما قال أبو يوسف في العزل ان الاذن اليها [فيه][104] .

وأبو حنيفة وزفر يقولان : المقصود من الوطء الأولاد[105] والاولاد للمولى ، فكان الخيار فيه الى المولى كما قال أبو حنيفة في العزل ؛ لان الاذن فيه الى المولى[106] .

ولم يذكر في الكتاب قول محمد

وذكر الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله في شرح هذا الكتاب قوله مع أبي حنيفة .

وذكر القاضي الامام أبو الحسن السغدي في شرح هذا الكتاب [قوله] مع أبي يوسف .

وهذا أليق[107] بأصل محمد ؛ فانه في العزل مع ابي يوسف[108] .

[حكم العنين اذا وصل الى امرأة أخرى]

[1201] قال :

ولو ان رجلا تزوج امرأة فلم يصل اليها ، وكانت له امرأة أخرى كان يصل اليها ، أو الى جارية ، فهو في ما بينه وبين تلك

---

(104) الزيادة من ل .

(105) ب : هو الاولاد

(106) حول رأي الامام وصاحبيه في مسألة العزل والخيار فيه انظر شرح معاني الآثار للطحاوي ج3 ص 31 .

(107) ب : ونبذ اليوم (وهو تصحيف) .

(108) ف : فانه في القول مع أبي حنيفة .

المرأة التي لم يصل اليها عنين ، ويؤجل سنة ، ثم تخير بعد ذلك ٠
لان مقصودها لا يحصل[١٠٩] بأتيان غيرهـا ، بـل يزداد
غيظها ، فانها تتهمه ، أنه[١١٠] يقصد(١١١) بـه الاضرار بها ،
فكان لها الخيار ٠

والله تعالى أعلم بالصواب



(١٠٩) س : لا يحصل بوصوله الى غيرها ٠

(١١٠) هـ : تتهمه أو ٠٠

(١١١) ص : يقصد الاضرار بها ٠

الباب الخامس والثمانون

في من قال : اذا تم أجل العنين خيرت [المرأة]

[١٢٠٢] ذكر عن ابراهيم انها تخير في رأس الحول ، فان شاءت أقامت[١] ، وان شاءت فارقت[٢] .

[١٢٠٣] وقد أورد في الباب أخبارا كثيرة كلها تدل على ثبوت الخيار لها بعد المدة ، [وعلى انها اذا اختارت فليس لها خيار بعد ذلك][٣] .

وعلى انها اذا اختارت الفرقة وفرق القاضي بينهما كان لها الصداق كاملا .

وعلى أن الفرقة كانت فرقة بطلاق[٤] .

وعلى أنها اذا خيرها القاضي فاختارت [٢٦٥ أ] الفرقة ،

---

(١) ل : اقامت معه وان شاء فارقته .

(٢) قول ابراهيم النخعي انها تخير في رأس الحول فان شاءت اقامت وان شاءت فارقت رواه الامام ابو يوسف عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم أنه قال في العنين : يؤجل سنة فان خلص اليها والا خيرت امرأته ، فان شاءت أقامت مع زوجها ، وان شاءت اختارت نفسها فهي واحدة بائنة (كتاب الاثار لابي يوسف: ص ١٤١ رقم ٦٤٠) وانظر الام للشافعي : ٥/٣٥ .

(٣) الزيادة من س ب وقد سقطت من الاصل ومن سائر النسخ .

(٤) قوله : وعلى ان الفرقة كانت فرقه بطلاق قلت ذهب الشافعي رحمه الله ان الفرقة فسخ بلا طلاق اذ قال ما نصه : « فان شاءت فرقته فسخ نكاحها والفرقة فسخ بلا طلاق ، لانه يجعل فسخ العقدة اليها دونه وان شاءت المقام معه أقامت معه » (انظر كتاب الام للشافعي جـ٥ ص٣٥) وانظر كتاب المبسوط : جـ٥ ص١٠٢ .

فقبل أن يقول القاضي : فرقت بينكما رضيت[٥] بالمقام[٦] معه كان لها ذلك ، ولم يفرق القاضي بينهما بعد هذا القول ٠

وعلى أنه اذا فرق القاضي بين العنين وبين امرأته ، وبين المجبوب وبين امرأته ، ثم جاءت بولد ، ولم تقر بانقضاء العدة أنه[٧] يلزم الزوج ٠

وهذه الجملة كلها ظاهرة ٠

والله تعالى أعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(٥) ب : قالت رضيت ٠

(٦) س : بالاقامة ٠

(٧) ف : انه لم يلزم ٠ س : وانه يلزم ٠

الباب السادس والثمانون

في من قال لامرأة العنين الصداق

ومن قال لها نصف الصداق

[١٢٠٤] ذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه [قال][١] :

أجل[٢] العنين سنة ، فان أتاها ، والا فرق بينهما ، ولها الصداق كاملا[٣] .

---

(١) الزيادة من س ب

(٢) س : يؤجل العنين سنة فان اتصلوا والافرق ..

(٣) حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال : اجل العنين سنة ... الى اخره رواه عبدالرزاق عن يحيى بن سعيد عن ابن المسيب ان عمر جعل للعنين أجل سنة واعطاها صداقها وافيا (المصنف ٦/٢٥٣ رقم ١٠٧٢١) ورواه باسناده عن معمر عن الزهرى عن ابن المسيب قال : قضى عمر بن الخطاب في الذي لا يستطيع النساء أن يؤجل سنة قال معمر : وبلغني أنه يؤجل سنة من يوم ترفع امرها (المصنف ٦/٢٥٣ رقم ١٠٧٢٢) ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا يزيد بن هارون عن سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن سعيد بن المسيب عن عمر أنه أجل العنين سنة انتهى وزاد في لفظ وقال ان اتاها والا فرقوا بينهما ولها الصداق كاملا (نصب الراية : ٣/٢٥٤) وانظر الدراية (٧/٧٧ رقم ٥٨٩) ورواه ابو يوسف عن اسماعيل بن مسلم عن الحسن البصري عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال في العنين : يؤجل سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما ولها المهر كاملا وهي تطليقة بائنة وذكر ابو حنيفة نحوا منه عنه (الاثار لابي يوسف ص١٤١ رقم ٦٤٢) وانظر رواية أبو حنيفة عنه في جامع مسانيد الامام الاعظم : ٢/١١٦ ورواه البيهقي عنه (السنن الكبرى : ٧/٢٢٦) ورواه الدارقطني عنه أيضا : (سنن الدارقطني ـ الهند ـ ٢/٤١٨) .

معناه : ان عمر رضي الله عنه قال : يجب على القاضي أن يؤجل سنة ، فان اتاها والا فرق الى اخر الحديث .

وكان شريح يقول : ان عليه نصف الصداق[٤] .

وعلماؤنا أخذوا بحديث عمر رضي الله عنه ؛ بناء على أن خلوة العنين توجب تأكد[٥] المهر .

وذكر في الباب أخبارا كثيرة كلها تدل على ذلك .

والله أعلم بالصواب



(٤) قول شريح ان عليه نصف الصداق رواه وكيع : حدثنا المخرمي ، قال : حدثنا ابو عامر ، عن شعبة ، عن ليث بن ابي سليمان ، عن الشعبي ، قال: اختصم الى شريح في رجل لم يستطع أن يأتي امرأته ، وقد كانت معه شهرين ، فقال شريح : اقضي فيها بكتاب الله ، لها نصف الصداق (اخبار القضاة : ٢٥١/٢) ورواه ايضا عن محمد بن شاذان الجوهري ، قال : حدثنا معلى بن منصور ، قال : قال ابو عوانة ، عن مغيرة ، عن ابراهيم ، عن شريح ، قال : في العنين عليه نصف الصداق (اخبار القضاة : ٢٨١/٢) وحول رأيه في تأجيله سنة انظر اخبار القضاة ٢٦٧/٢ ، ٢٦٨ .

(٥) س : تاكيد .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

﴿ الباب السابع والثمانون ﴾

في من قال : اذا وصل الرجل الى امرأته مرة فلا خيار لها

[١٢٠٥] ذكر عن الحسن انه قال :

اذا وصل اليها مرة [فلا خيار لهـا و][1] لـم يفـرق بينهما[2] ·

وذكر في الباب اخبارا كثيرة على أن حق المرأة يبطل في الفرقة بالوطء مرة ·

وبه أخذ علماؤنا[3] ·

فان قالت : وطئني مرة ، ولكنه قـد اشتغل بامرأة لـ أخرى ، او بجارية له ، فلا خيار لها ايضا بسبب الوطء ·

لما قلنا ·

لكن ان أرادت أن يكون معها ، ويقسم لها المبيت كما يفعل

---

(١) الزيادة من س ولم توجد في الاصل ولا في بقية النسخ ·

(٢) قول الحسن اذا وصل اليها مرة فلا خيار لها ولم يفرق بينهما وهو رأي جماعة من الفقهاء فانظر حوله اخبار القضاة : ٢/١٠ ، ١٧ـ١٨ والمحلى لابن حزم : ١٠/٥٩ ، نصب الراية : ٣/٢٥٤ ، ورواه عبدالرزاق عن عمرو بن دينـار وفي حاشـيته ان سـعيد بن منصور اخرج نحوه عن الحسن البصـري (المصنف ٦/٢٥٦ رقم ١٠٧٣٣ وانظر هامشه في الصفحة نفسها) ·

(٣) ب : اخذ اصحابنا

بامرأة له أخرى ، أو بجاريته[٤] ، أمره[٥] القاضي بذلـــك ، يسوي بينها وبين[٦] نسائه في المبيت .

فاذا[٧] أقام معها ليلة لا يجب عليه أن يطأها .

والله أعلم بالصواب .



(٤) ف ل : بجارية

(٥) س : فيأمره القاضي بالمبيت معها حتى يسوى بينهما .

(٦) ل : وبين سائر نسائه .

(٧) س : فاذا بات

الباب الثامن والثمانون

في المجبوب

[خيار المرأة في المجبوب]

[٢٦٥ ب]

[١٢٠٦] قال :

ولو أن امرأة رفعت زوجها الى القاصي فقالت : انه مجبوب الذكر والانثيين ، وخاصمته في الجماع ، فانه اذا كان الامر على ما وصفت فان صدقها الزوج فلها الخيار ، ولا يؤجل •

فرق بينه وبين العنين •

والفرق : ان التأجيل لرجاء الوصول اليها ، والرجاء في العنين قائم ، أما في المجبوب فلا يثبت ، ولها الخيار •

وان اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما •

فان كانت الفرقة قبل الخلوة يجب على الزوج نصف المهر ولا عدة عليها •

وان كانت بعد الخلوة فعلى[1] قول أبي حنيفة رحمه الله يجب على الزوج كمال المهر ، وعليها العدة كما في العنين •

وقالا[2] : يجب على الزوج نصف المهر •

---

(١) س : عند ابي حنيفة •

(٢) ل س هـ : وقال ابو يوسف ومحمد •

والمسألة معروفة : أن خلوة المجبوب [٣] هل توجب كمـــال المهر ؟

وهي تعرف في المبسوط[٤] •

وهل تجب عليها العدة عندهما ؟

فيها[٥] روايتان :

[اشار] في كتاب الطلاق[٦] الى انه لا تجب ، فانه قال ثمة : خلوة المجبوب بمنزلة خلوة الصبي •

واشار[٧] في كتاب النكاح[٨] ، وفي الجامع الصغير [الى انه] تجب •

فانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع[٩] ؛ فموضوع مـــا أشار في كتاب الطلاق مجبوب جف ماؤه ، فلا يتصور منه الانزال بالسحق •

---

(٣) هـ : ان خلوة المجبوب توجب ••

(٤) مر بنا في ج١ ص١٩٠ ان المبسوط حينما اطلق يراد به مبسوط الامام محمد بن الحسن وله روايات عديدة منها رواية السرخسي وحول رأي الامام ابي حنيفة ورأي صاحبيه انظر مبسوط الامام السرخسي : ١٠٣/٥ •

(٥) ك ل هـ ف : ففيها • س : فيه

(٦) قوله : « اشار في كتاب الطلاق الى انه لا تجب » قلت ذكـــــر السرخسي ذلك في كتاب الطلاق من المبسوط فانظر جـ٦ ص٥٣ •

(٧) ف ج م : وذكر

(٨) قوله : (واشار في كتاب النكاح وفي الجامع الصغير الى انه تجب) قلت انظر ذلك في مبسوط السرخسي ـ كتاب النكاح : ج٥ ص١٠٣ وفي هذا الموضوع تجد العبارة بنصها بقوله « وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع ••• الخ »

(٩) س ل : لاختلاف الموضع قال في كتاب النكاح مجبوب جف ماؤه •• وما اثبتناه عن الاصل وعن سائر النسخ وعن المبسوط للسرخسي :١٠٣/٥

وموضوع ما ذكر في كتاب النكاح وفي الجامع الصغير مجبوب لم يجف ماؤه ، فيتصور منه الاعلاق ، فتجب العدة احتياطا ٠

وقد ذكرنا هذا في كتاب النكاح في باب العنين في شرح المختصر ٠

[رضى المرأة بالمجبوب]

[١٢٠٧] قال :

ولو أنها حين علمت أنه مجبوب قالت : قد رضيت به ، واخترت المقام معه ، واشهد عليها بذلك [بينة][١٠] لم يكن لها بعد ذلك أن ترجع عنه ٠

لانها لما رضيت[١١] فقد اسقطت حق نفسها مطلقا[١٢] ، فتسقط ٠ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فقال : رضيت بهذا العيب ، ثم أراد أن يرده على البائع ، لايملك كذا ههنا ٠

[هل للرتقاء خيار ؟]

[١٢٠٨] قال : [٢٦٦ أ]

ولو تزوجها ، وهو مجبوب ، وهي رتقاء ، لا يوصل الى مثلها ، فخاصمته في ذلك فلا خيار لها ٠

لأن الخيار انما يثبت ، لتختار نفسها ، فتتوصل الى حقها من جهة رجل آخر ، وهي[١٣] لاتتوصل ، فلا يكون[١٤] اثبات الخيار لها مفيدا ٠

---

(١٠) الزيادة من سائر النسخ وفي ف ج م : بقية ٠

(١١) ب : رضيت بهذا العيب فقد اسقطت ٠٠

(١٢) ف م : مطاعة ٠ (وهو تصحيف) ٠

(١٣) س : وهي لا يوصل اليها ٠

(١٤) هـ : فيكون (وهو سهو) ٠

[دعوى المجبوب الوصول الى المرأة]

[١٢٠٩] قال :

ولو أن رجلا تزوج امرأة فخاصمته الى القاضي ، فقالت : انه مجبوب ، وليس يصل[١٥] الي ، وقال هو : ما أنا بمجبوب ، وقد وصلت اليها • وقالت هي : أنا ثيب تزوجني كذلك ، أو قالت : تزوجني وأنا بكر فصرت ثيبا من مرض ، أو علة أصابتني ، فأما هو فما وصل الي ، وذلك لانه مجبوب ممسوح[١٦] ، فان القاضي لايريها النساء ، وكذا لو ادعت أنها بكر •

لأن رؤية النساء انما تكون لتوهم الدخول ، والدخول من المجبوب لا يتصور[١٧] ، فلا فائدة [في] أن يريها النساء • ولكنه يري الرجل[١٨] ، فان كان يتبين[١٩] حاله حقيقة [بالحبس][٢٠] والمس من غير أن يكشف [عورته][٢١] فينظر اليه بالحس والمس وراء الثياب ، فعل ذلك •

لان كشف العورة لا يحل من غير ضرورة •

وان لم يتبين [حاله][٢٢] الا بالكشف[٢٣] والنظر ، أمر أن

---

(١٥) ف ج م : ولم يصل الي وقال هو : ما انا ••

(١٦) قوله (ممسوح) ليس في س •

(١٧) ف ج : والدخول من المجبوب ممنوع فلا فائدة • وقوله (لا يتصور) ليس في نسخة م •

(١٨) هـ : يرى للرجال •

(١٩) ب : فان كان يتبين حقيمة حاله •

(٢٠) الزيادة من ب •

(٢١) س : من غير كشف عورته •

(٢٢) الزيادة من س •

(٢٣) س : الا بكشف عورته امر ان ينظر اليه •

ينظر اليه •

ولا ينظر بنفسه •

لان النظر بنفسه يؤدي الى الازدراء[٢٤] ، والاستخفاف به ، فلا يفعل ، لكن يأمر أمينا ينظر الى ذلك الموضع •

لأن النظر الى العورة يحل[٢٥] عند الضرورة ؛ ألا ترى أن الذمي اذا أسلم وهو أقلف ، واحتاج الى الختان ، حل النظر [اليه][٢٦] •

وكذا شهود الزنى ينظرون الى الفرج ؛ لتحمل الشهادة ، ويحل لهم ذلك •

والقابلة تنظر الى الفرج لتحمل الشهادة ، وحل لها ذلك •

والمشهود عليه بالزنى اذا قال للقاضي : اني مجبوب ، فانظر الي ، أو مر من ينظر الي ، فانه ينبغي للقاضي أن ينظر اليه ، أو يأمر من ينظر اليه فكذا ههنا •

فاذا نظر ، فان وجده صحيحا ، فلا خيار لها ، وان وجده مجبوبا خيرها[٢٧] ، ولم يؤجل •

لما قلنا من قبل •

ولو وصل الى امرأته مرة ، ثم جبت[٢٨] آلته ، فلا خيار كما في العنين •

---

(٢٤) س : الى الاستخفاف والازدراء بمنصبه •

(٢٥) ب : يحل لضرورة •

(٢٦) الزيادة من ل •

(٢٧) ل : خيرها وان لم يدخل •

(٢٨) س : ثم جب فلا خيار

[دعوى المجبوب انها رتقاء]

[١٢١٠] قال :

ولو ان [٢٦٦ ب] امرأة خاصمت[٢٩] زوجها الى القاضي فقالت : انه مجبوب ، وقال : هي رتقاء ، لا يوصل اليها ، فان القاضي يريها النساء ·

لأن ولاية الخصومة انما تثبت لها ادا كانت محلا للاتيان ، فان القاضي يريها النساء ؛ ليعلم أن لها ولاية الخصومة ، أم لا ، كما في الزوج اذا قال : وصلت اليها ، وقالت هي : أنا بكر ، فالقاضي يريها النساء ؛ ليعلم أن لها ولاية الخصومة[٣٠] ·

فان شهدن أنها رتقاء لا يوصل اليها ، فلا خيار لها ·

لما قال في الكتاب :

ان المنع من قبله وقبلها ، فاذا كان[٣١] من قبله وقبلها لا يفيد لها الخيار ، فلا يثبت لها الخيار ·

وان شهدن أنه ليس بها مانع ، يسمع خصومتها ، ويتفحص[٣٢] عن حال الزوج ؛ فان وجده مجبوبا خيرها ، ولم يؤجل ·

لما قلنا ·

والله تعالى أعلم بالصواب

★ ★ ★

(٢٩) ف : رفعت زوجها ·

(٣٠) ل : ان لها حق الخصومة ام لا · ومن قوله : (أم لا كما في الزوج ···) الى هنا ليس في ف ج م ·

(٣١) ل هـ : واذا كان المانع من قبله ·

(٣٢) ف : تسمع خصومها ويفحص عن حال الزوج ·

الباب التاسع والثمانون

في الرجل يغيب عن امرأته فتطلب النفقة

[وجوب نفقة الزوجات والاولاد]

[١٢١١] ذكر عن عائشة رضي الله عنها : أن هند بنت عتبة[١] قالت :

يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح ، وانه لا يعطيني [من النفقة][٢] ما يكفيني وولدي ، أفآخذ من ماله بغير علمه ؟ قال :

« خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »[٣] .

---

(١) ب : عتيبة وهو تصحيف والتصحيح من الاصول الاخرى ومن كتب الترجمة . وهند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس القرشية العبشمية والدة معاوية بن ابي سفيان اخبارها قبل الاسلام مشهورة وشهدت أحدا وفعلت ما فعلت بحمزة عم النبي صلى الله عليه وسلم ، ثم كانت تؤلب على المسلمين الى ان جاء الله بالفتح فأسلم زوجها ثم أسلمت هي يوم الفتح وقصتها في قولها عند بيعة النساء « وان لا يسرقن ولا يزنين » (من سورة الممتحنه : ١٢) قالت : وهل تزني الحرة ؟ كانت ذات انفة ورأي وعقل ، توفيت على الراجح في خلافة عثمان : انظر الاصابة : ٤/٤٠٩ – ٤١٠ رقم ١١٠٣ ، الاستيعاب : ٤/٤٠٩ – ٤١١ ، أسد الغابة : ٧/٢٩٢ – ٢٩٣ رقم ٧٣٤٢ ، سيرة ابن هشام : ٢/٦٨ ، طبقات ابن سعد : ٨/١٧٠ – ١٧٢ ، عيون الاخبار لابن قتيبة : ١/٢٨٣ ، جمهرة انساب العرب لابن حزم : ٧٦ – ٧٧ .

(٢) الزيادة من ف ج م

(٣) حديث « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » رواه الجماعة الا الترمذي عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة : ان هندا ام معاوية قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : ان ابا سفيان رجل شحيح فهل علي جناح ←

وفي الحديث دليل على[٤] وجوب نفقة الزوجات على الازواج.

وبه نقول ؛ ان نفقة الزوجات تجب على الازواج .

وهذا موافق لكتاب الله تعالى ، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم :

أما الكتاب :

فقوله تعالى :

« الرجال قوامون على النساء .. » الى قوله وتعالى : « وبما انفقوا من أموالهم »[٥] .

وقال تعالى :

« وعلى المولود له رزقهن .. » الآية[٦] .

أن آخذ من ماله سرا ؟ قال : « خذي انت وبنوك ما يكفيك بالمعروف » وهـذا اللفظ للبخاري في كتاب البيوع باب من اجرى امر الامصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والاجارة والمكيال .. (صحيح البخاري : ٢/١٧) ورواه في النفقات عنها ، (صحيح البخاري ٣/١٩٠) ورواه النسائي في اداب القضاة (سنن النسائي : ٨/٢٤٦ ـ ٢٤٧) وابن ماجة في التجارات (سنن ابن ماجة : ٢/٧٦٩ رقم ٢٢٩٣ الباب رقم ٦٥) ، ومسلم في الاقضية باب قضية هند عن عائشة ايضا (صحيح مسلم :٣/١٣٣٨ رقم ١٧١٤) وابو داود في البيوع عنها في باب الرجل يأخذ حقه من تحت يده (سنن ابي داود : ٣/٢٨٩ ـ ٢٩٠ رقم ٣٥٣٢ ، ٣٥٣٣) والدارمي في النكاح باب وجوب نفقة الرجل على أهله (سنن الدارمي : ٢/٨١ ـ ٨٢ رقم ٢٢٦٤ وانظر حول الحديث الاصابة ٤/٤٠٩ ـ٤١٠ الاستيعاب ٤/٤١١ ، نصب الراية : ٣/٢٧١ ـ ٢٧٢ الدراية : ٢/٨٣ رقم ٦٠٨ تلخيص الحبير ٤/٦ـ٧ رقم ١٦٦٠ والام : ٥/٧٧ـ٧٨ .

(٤) ف : على ان نفقة .

(٥) سورة النساء : اية ٣٣

(٦) سورة البقرة : ٢٣٣

والمولود له انما هو الزوج ٠

وأما السنة :

فقوله عليه الصلاة والسلام :

« تقول لك زوجك : انفق علي ، أو طلقني ، ويقول لك مملوكك : انفق علي أو بعني ، ويقول لك ولدك : انفق علي ، الى من تكلني ٠٠ »[٧] ٠

وفيه ايضا دليل على[٨] وجوب نفقة الولد على الوالد ٠

وبه نقول : ان نفقة الاولاد الصغار ، والزمنى من الذكور الكبار[٩] [٢٦٧ أ] والاناث[١٠] واجبة على الوالد ٠

---

(٧) حديث « تقول لك زوجك : انفق علي او طلقني ، ويقول لك مملوكك ٠٠٠ الخ » رواه البخاري في النفقات عن عمر بن حفص حدثنا ابي ، حدثنا الاعمش ، حدثنا أبو صالح ، قال : حدثني أبو هريرة رضي الله عنه ، قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : « افضل الصدقة ما ترك غنى ، واليد العليا خير من اليد السفلى ، وابدا بمن تعول : تقول المرأة : أما ان تطعمني ، وأما ان تطلقني ، ويقول العبد : اطعمني واستعملني ، ويقول الابن اطعمني ، الى من تدعني » فقالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : لا ، هذا من كيس ابي هريرة (صحيح البخاري : ١٨٨/٣) وانظر منتخب كنز العمال (على هامش مسند احمد : ٥٢٤/٢)ورواه الامام احمد عن معاوية، ثناالاعمش، عن ابي صالح ، عن ابي هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان افضل الصدقة ما ترك غنى ، تقول امرأتك ، اطعمني والا طلقني ، ويقول خادمك : اطعمني والا فبعني ، ويقول ولدك : الى من تكلني » قالوا يا أبا هريرة هذا شيء قاله رسول الله ام هذا من كيسك ؟ قال بل هذا من كيسي (مسند الامام احمد : ٢٥٢/٢) ورواه باسناد اخر عنه وفيه اختلاف يسير ٥٢٤/٢ وباسناد ثالث عنه ٥٢٧/٢ ورواه البيهقي : السنن الكبرى : ٤٦٦/٧ ، ٤٧٠ ـ ٤٧١ ٠

(٨) ف : على ان نفقة ٠

(٩) ب : من الكبار

(١٠) ف ج م : ومن الاناث ٠

وهذا موافق لقوله تعالى :

« وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن »[11] .

والمولود له انما هو الاب .

وفيه دليل على أن نفقة الزوجات على الازواج ، ونفقة الأولاد على الوالد واجبة قبل قضاء القاضي ، وأمره[12] بالانفاق عليهم اعانة[13] على[14] استيفاء حقهم ، لا ايجابا مبتدأ .

لان سبب الوجوب سبق[15] القضاء والامر ، وهو النكاح والولاد[16] ، لكن الزوج والوالد بالمنع صار ظالما . والقاضي انما نصب لرفع الظلم ، لينصف[17] المظلوم من ظالمه ، ويعين المظلوم ، ويوصله الى حقه .

بخلاف نفقة الاقارب ، فان أمر القاضي بالانفاق وقضاءه ايجاب ابتداء[18] ؛ لان ذلك مختلف فيه ، فلا يثبت الا بقضاء القاضي .

---

(١١) سورة البقرة : ٢٣٣ .

(١٢) ف : واجرة الانفاق « وهو تصحيف » .

(١٣) ل : وامره بالانفاق عليهم فكان القضاء والامر بالانفاق عليهم اعانة .

(١٤) ل : لهم على استيفاء .

(١٥) ف ج م : لان سبب الوجوب شيئين « كذا بالنصب » .

(١٦) ل س ف : والولادة .

(١٧) س : لينصف الظالم من المظلوم « كذا وهو سهو » .

(١٨) ف ج هـ ب : ابتداء ايجاب .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وفيه دليل [على][19] أنها انما تأخذ نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف من غير اسراف ولا تقتير[20] ، وهو أن يكـــون دون الاسراف وفوق التقتير ٠

وهذا موافق لقوله تعالى :

« والذين اذا انفقوا لم يسـرفوا ولـم يقتروا ٠٠»[21] الآية ٠

ثم المرأة كما تستحق النفقة حال قيام النكاح ، تستحـق حال قيام العدة[22] ٠

اما اذا كانت العدة عن طلاق رجعي[23] ، فبالاتفاق[24] ٠ لان النكاح قائم ٠

وان كانت عن طلاق بائن فعندنا تستحق[النفقة][25] ، وعند الشافعي لا تستحق[26] ٠

---

(١٩) الزيادة من سائر النسخ وقد سقطت من ك هـ ٠

(٢٠) ف : ولا يعتبر (وهو تصحيف)

(٢١) هـ س : ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ٠ والاية من سورة الفرقان اية رقم ٦٧ ٠

(٢٢) ل : حال قيام العدة من طلاق رجعي فبالاتفاق ٠

(٢٣) س : رجعي فان النكاح قائم وان كانت عن طلاق بائن فالنفقـــة واجبة عندنا وعند الشافعي لا تجب ٠

(٢٤) ف ج م : فبالاتفاق تستحق ٠

(٢٥) الزيادة من ل ٠

(٢٦) ب : لا تستحق النفقة ٠ وحول رأي الشافعي انظر المختصـــر للمزني ٧٨/٥ ، الام : ٨٠/٥ ، واختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى طبعة ابـــي الوفا الافغاني ١٩٥ . وانظر المبسوط : ٢٠١/٥ ٠

وذكر في الكتاب حديث ابراهيم[٢٧] مايدل على مذهبنا ، فانه قال في الرجل يطلق امرأته وهو غائب ، ولم يفصل بين طلاق[٢٨] رجعي وبين طلاق بائن ، وأوجب[٢٩] النفقة .

ثم عندنا لا تستحق هذه النفقة ابتداء ، لكن[٣٠] يبقى ما كان واجبا حال قيام النكاح ، حتى ان كل امرأة[٣١] لا تستحق النفقة حال قيام النكاح لا تستحق[٣٢] حال [قيام] العدة : كما في العدة[٣٣] من النكاح الفاسد ، والناشزة ، والامة التي لم يبوئها[٣٤] المولى بيتا .

---

(٢٧) س : حديث ابراهيم في الرجل يطلق امرأته وهو غائب ان لها النفقة ولم يفصل بين رجعي وطلاق بائن ، ثم عندنا ... وابراهيم هو النخعي وحديثه : بما كان الحديث الذي رواه ابو حنيفه عن حماد عنه انه قال : سئل علقمة عن المطلقة ثلاثا هل لها سكنى ونفقة قال قالت فاطمة بنت قيس طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لي سكنى ولا نفقة فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لاندع كتاب الله يقول امرأة لا ندري اصدقت أم كذبت قال فجعل عمر للمطلقة ثلاثا السكنى والنفقة مادامت في العدة (جامع مسانيد الامام الاعظم ١٦٢/٢) وانظر المبسوط : ٢٠١/٥ .

(٢٨) ب : بين الطلاق البائن والرجعي .

(٢٩) ك : واجب النفقة .

(٣٠) ف ج م : لكن لا يبقى ..

(٣١) ف ج م : يعني ان كانت امرأة لا تستحق ..

(٣٢) ف ج م : لا تستحق في حالة العدة . ل : لا تستحقها في حالة العدة

(٣٣) ك ل : عن النكاح .

(٣٤) ب : اذا لم يبوئها .

فان لم تطلب المرأة نفقتها في العدة حتى انقضت عدتهـا ، أو ماتت[٣٥] ، سقطت نفقتها ٠

لأنها[٣٦] من باب الكفاية ، وما كان من باب الكفاية فموت من له [٢٦٧ ب] الحق يسقط الحق ؛ كمن له العطاء اذا مات قبل أن يأخذه ، وكالقاضي اذا مات قبل أن يستوفي رزقه ، لا يكون[٣٧] لورثتهما حق المطالبة من بيت المال ، كذا هذا ٠

[فرض القاضي النفقة على الزوج]

[١٢١٢] قال :

واذا جاءت المرأة تطلب النفقة ، وذكرت أن زوجها غائب عنها ، ولم يخلف[٣٨] نفقة لها ، وسألت القاضي أن يفرض لها عليه ، فهذا[٣٩] قسمان :

أما أن يكون للزوج مال حاضر

أو لم يكن ٠

وكل قسم على وجهين :

اما ان علم القاضي بالنكاح

---

(٣٥) ف ج م : حتى انقضت عدتها فأبانت سقطت نفقتها ٠

(٣٦) س : لانها من باب الكفاية فموت من له الحق كمن له العطاء اذا مات قبل أن يأخذه ، وكالقاضي اذا مات قبل ان يستوفي رزقه ٠

(٣٧) ف ج : لا يكون لزوجها حق المطالبة ٠ وقد طمست في نسخة م ولم تتبين ٠

(٣٨) ب : ولم يخلفها نفقة وسألت ٠٠

(٣٩) س ٠ فهو على قسمين

أو لم يعلم .

ففي ما[٤٠] لم يكن له مال ههنا في الوجهين جميعا . القاضي لا يفرض[٤١] .

نص عليه في المختصر في آخر باب النفقة مطلقا .

وذكر الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي في شرح المختصر المذكور قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله .

أما عند زفر[٤٢] رحمة الله فالقاضي يفرض في الوجهين .

فكان هذا فصلا مجتهدا [فيه][٤٣] فكان للقضاء[٤٤] فيه مجال .

وفي ما اذا[٤٥] كان له مال ههنا :

ففي الوجه الاول من هذا القسم يفرض لها ويأخذ [منها] كفيلا بعد ما حلفها انها لم تعط نفقتها .

---

(٤٠) ب . ففي القسم الاول في الوجهين جميعا القاضي لا يفرض . ف ج م : فاما اذا لم يكن ..

(٤١) ف ج : لا يقترض . (وكذلك كلما اتى هذا الفعل فيما يلي وهو تصحيف) .

(٤٢) ل : أما عند زفر رحمه الله ففي الوجهين القاضي يفرض لها النفقة .

(٤٣) الزيادة من س .

(٤٤) ف : فكان للقاضي . هـ : فكان القضاء فيه مجالا .

(٤٥) ك وسائر النسخ : وفي ما اذا لم يكن له مال وهو سهو والتصحيح من ل ص ومن المبسوط للسرخسي : ج٥ ص١٩٦ ، فالمسالة قد ذكرها هناك .

وفي الوجه الثاني : [انها] اذا أقامت البينة انها فلانة بنت فلان بن فلان الفلاني ، وزوجها فلان بن فلان الفلاني ، فعلى قول ابي حنيفة القاضي لا يفرض[٤٦] •

وعلى قول أبي يوسف رحمه الله : يفرض[٤٧] ، ولا يقضي بالنكاح عليه ، فان قدم الغائب فأقر أنها امرأته أخذته بنفقتها، وان انكر ، ان[٤٨] أقامت البينة على نكاحها ، أخذته أيضا بنفقتها ، وان لم تقم[٤٩] [له بينة] لم تأخذ •

هكذا ذكر الخصاف ههنا قول ابي حنيفة ، وقول أبي يوسف مطلقا •

وهكذا ذكر الخصاف هذا الخلاف في كتاب النفقات •

وذكر في المختصر : أن على قول ابي حنيفة الاول : القاضي يقبل البينة ، ويفرض لها ، ثم رجع وقال : لا تقبل ، ولا يفرض •

- فكان ماذكره الخصاف ههنا وفي النفقات من قول ابي حنيفة قوله الآخر [٢٦٨ أ] •

و [كذا] ذكر في المختصر أن على [قول] ابي يوسف الاول تقبل البينة ، ولا يقضي بالنكاح •

---

(٤٦) ف ج : يقترض • ل : يفرط النفقة (وكلاهما تصحيف)

(٤٧) ل : يفرض لها النفقة •

(٤٨) ف : ان كانت البينة •

(٤٩) ل : وان لم تقم البينة • هـ : وان لم تقم تأخذ (وهو سهو)

فكان ما ذكره الخصاف ههنا من قول ابي يوسف قوله الاول ٠

وروى عن ابي يوسف انه قال في الوجه الثاني من القسم الثاني[٥٠] ، وهو ما اذا لم يعلم القاضي بالنكـــاح ، وليس للزوج مال حاضر[٥١] ، اذا أقامت البينة على النكاح ، فالقاضي يقبل ، ويقول لها : ان كنت صادقة قد فرضت [لك][٥٢] النفقة ، وان[٥٣] كنت كاذبة لم أفرض[٥٤] .

فان كانت صادقة استحقت النفقة ٠

وان كانت كاذبة كان الفرض باطلا ٠

واليوم القضاة يقبلون البينة عـلى النكـــاح عـلى الغائب للفرض ؛ لانه مجتهد فيه لحاجة الناس ٠

[استدانة المرأة على زوجها]

[١٢١٣] قال :

وان استدانت امرأة على زوجها، وهو[٥٥] غائب فالاستدانة هي الشراء[٥٦] بالنسيئة ليقضي ثمنه[٥٧] من مال الزوج ، فلما قدم الغائب طالبته بذلك ، لم يحكم[٥٨] به القاضي بشيء ممـــا

---

(٥٠) م ف س هـ : من القسم الاول (وهو سهو)
(٥١) ص : وللزوج مال حاضر
(٥٢) الزيادة من س ٠
(٥٣) ك : فان ٠ س : وان كانت ٠
(٥٤) ف ج : لم أقض
(٥٥) هـ : مالا وهو غائب
(٥٦) قوله (الشراء) ليس في ف ج ومحله بياض فيها ٠
(٥٧) ف : ليقضي ذلك ٠
(٥٨) س هـ : لم يحكم لها القاضي ٠

استدانته ، الا أن يكون القاضي فرض لها النفقة ، وأمرها أن تستدين عليه .

لان الثمن وجب دينا في ذمتها بحكم العقد ، لكـــن اذا استدانت بأمر القاضي صارت النفقة دينـا في ذمــة الزوج بالقضاء .

لان للقاضي ولاية ايجاب الدين في ذمة الغائب ، فلها أن ترجع عليه اذا قدم ، ويقضي(٥٩) الثمن من ماله .

فاذا لم يأمرها القاضي بذلك وليس لها ولاية ايجاب الدين في ذمة الغائب ، لم(٦٠) تصر النفقة دينا في ذمة الغائب فلا ترجع عليـه .

[الكفالة في النفقات]

[١٢١٤] قال :

ولو أن امرأة أخذت زوجها بنفقتها ، وهو يريد أن يغيب فقالت : أقم لي كفيلا بنفقتي شهرا شهرا(٦١) . قال أبو حنيفة رحمه الله : لا يجبر على اعطاء الكفيل .

وقال أبو يوسف رحمه الله : يجبر على اعطاء الكفيل بنفقة شهر واحد .

هكذا ذكر الخصاف ههنا .

---

(٥٩) ف ج م : ويقبض .

(٦٠) س : ولم (بزيادة واو)

(٦١) س ف ص هـ : نفقتي شهرا قال

وذكر في النفقات انه على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : يجبر على اعطاء الكفيل بنفقة شهر واحد .

وذكر الحاكم(٦٢) في المختصر مطلقـا انـه لا يجبر [على ذلك](٦٣) .

وانما [٢٦٨ ب] لم يجبر لوجهين :

أحدهما : ما أشار اليه صاحب الكتاب ، فقال :

لان النفقة لم تجب لها ؛ لانها انما تجب فيما يحدث(٦٤) ، فلا يجبر على أن يقيم لها كفيلا بنفقة لم تجب عليه [بعد](٦٥) .

والثاني : ما ذكر في شرح المختصر : أن اعطاء الكفيل تبرع والمرء(٦٦) لايجبر على التبرع ، وصار هذا كالدين المؤجل اذا أراد صاحب الدين أن يأخذ منه كفيلا قبل حلول الاجل مخافة أن يغيب منه(٦٧) عند الحلول لا يقدر كذا ههنا .

ثم عندهما يأخذ [منه](٦٨) كفيلا بنفقة شهر .

وروي عن ابي يوسف رواية أخرى : ان القاضي يسأل الزوج : انك كم تغيب ؟

---

(٦٢) هـ : وذكر الخصاف في المختصر (وهو سهو)

(٦٣) الزيادة من ل .

(٦٤) س : فيما يحدث من الزمان فلا يجبر على اعطاء الكفيل بنفقة ما لم تجب .

(٦٥) الزيادة من ل .

(٦٦) س ف : والمتبرع لا يجبر ..

(٦٧) هـ : عنه . س : عنه عند حلول الاجل لا يلزم كذا هنا .

(٦٨) الزيادة من ف ج م .

فان قال : شهرا ، يأخذ كفيلا بنفقة شهر ،

وان قال : شهرين ، يأخذ [كفيلا] بنفقة[٦٩] شـهرين • وهكذا

[١٢١٥] قال :

اذا كفل رجل لامرأة[٧٠] بنفقتها على زوجها أبدا فان ذلك جائز[٧١] •

أراد بالابد : ما داما[٧٢] حيين على النكاح ، حتى لو مات احدهما ، او انقطع النكاح بينهما ، فلا نفقة لها ، وانما جاز ، لان الجهالة ارتفعت اذا عرف مقصودها[٧٣] من الابد .

[١٢١٦] قال :

فان تكفل لهار بنفقة ولدها كان باطلا •

لان نفقة الاولاد ليست تجب[٧٤] على التأبيد مادام حيا ، فانه اذا بلغ تسقط[٧٥] [نفقته][٧٦] •

وكذا اذا أيسر تسقط •

فلهذا بطلت الكفالة ، بخلاف المسألة الاولى •

---

(٦٩) س : فنفقة • ل : فبنفقة •

(٧٠) ل : لامرأته •

(٧١) هـ : جائز ابدا •

(٧٢) س : مادام على النكاح •

(٧٣) هـ : مقصودنا •

(٧٤) ب : ليس بواجب على التأبيد •

(٧٥) س : سقطت • ب : اسقط وكذا

(٧٦) الزيادة من ل س •

لان نفقة المرأة تجب على التأبيد مادام النكاح ، موسرة كانت أو معسرة .

[استعداء المرأة المطالبة بالنفقة على صاحب الوديعة وزوجها غائب]

[١٢١٧] قال :

واذا غاب الرجل عن امرأته ، وله مال وديعة عند رجل ، فاستعدت[٧٧] المرأة على صاحب الوديعة ، فان كان المستودع مقرا بالوديعة والنكاح ، أو القاضي علم بهما ، فالقاضي يسأل المرأة : هل ترك لها نفقة ؟

لانه ربما يكون خلف لها نفقة .

فان قالت : لا ، حلفها القاضي بالله ما استوفيت النفقة[٧٨] ولا بينكما معنى من ايجاب [٢٦٩ أ] النفقة من النشوز وغيره .

لان القاضي نصب ناظرا ، وفيكما ينظر لها ينظر للغائب .

فاذا حلفت أمر المستودع أن ينفق عليها ، وفرض لها شيئا سوما من ذلك ، وأمره أن يأخذ منها[٧٩] كفيلا .

وهذا قولهم[٨٠] جميعا .

أما على قول ابي يوسف ومحمد [فانه][٨١] ، لا يشكل .

---

(٧٧) ب : واستدعت .
(٧٨) س : ما استوفت نفقتها .
(٧٩) ف : منه .
(٨٠) ف : قولهما
(٨١) الزيادة من ل .

وأما على قول ابي حنيفة ففرق[٨٢] بين هذا وبين الوارث فان الشهود اذا شهدوا أن هذا وارث فلان ولم يشهدوا وانا[٨٣] لا نعلم له وارثا اخر · وتلوم[٨٤] القاضي زمانا[٨٥] . فانه يدفع التركة اليه ، ولا يأخذ منه كفيلا[٨٦] ·

والفرق له : أن جهالة المكفول له تمنع[٨٧] صحة الكفالة . وثمة المكفول له مجهول . لا يدري أنه يحضر خصم آخر أم لا · وهنا المكفول له الزوج ، وانه معلوم ، فيجوز أخذ الكفيل ·

[١٢١٨] قال :

ولا يسأل المرأة ذلك[٨٨] ولا يستحلفها ، حتى يسأل المستودع : هل عندك وديعة لفلان ام لا ؟

يريد به اذا لم يعرف القاضي ذلك ·

لان هذا[٨٩] مقدمة الخصومة ، فانه اذا أنكر يضيع سؤالها واستحلافها[٩٠] ·

---

(٨٢) الفاء في (ففرق) زيادة يقتضيها السياق · وفي س : فرق والفرق بين هذا ··

(٨٣) الزيادة من ل ·

(٨٤) س : وارثا غيره يتلوم ·

(٨٥) س : زمانا ويدفع ·

(٨٦) ف ب : كفيلا عنده ·

(٨٧) ف : تمنع صحتها صحة الكفالة · ص : ان جهالة المكفول لاتمنع

(٨٨) ب : عن ذلك ·

(٨٩) ف : لان هذا مقدم على الخصومة ·

(٩٠) ب : سؤالها وتحليفها

فان أقر يشترط اقراره بالوديعة فحسب ، أو بالوديعة والنكاح جميعا ٠

وان انكر هل تسمع من المرأة اقامة البينة على ذلك ؟ فالمسألة على الاستقصاء ذكرناها[٩١] في شرح المختصر في كتاب النكاح في آخر باب النفقة .

والله تعالى أعلم بالصواب ٠



(٩١) س : ذكرها ٠ هـ : ذكرنا ٠ ص : ذكر في شرح ٠ وقد سقطت من ب ٠

الباب التسعون

﴿ في نفقة المرأة ﴾

[جوار فرض القاضي نفقة المرأة على زوجها]

[١٢١٩] ذكر عن أم الحصيب[١] قالت :

فرض لي شريح[٢] خمسة عشر درهما في كل شهر ٠

في الحديث دليل على أنه يجوز للقاضي أن يفرض نفقة المر على زوجها ٠

لكن انما يفرض[٣] اذا كان الزوج يضر[٤] بها في الانفاق ، ولا ينفق عليها بما يكفيها[٥] ٠

والتقدير بخمسة عشر درهما ليس[٦] بتقديـر لازم ، لان هذا شيء يختلف [٢٦٩ ب] باختلاف الاماكن والازمان ، لكن المستحق لها كفايتها ، فيفرض لها عليه قدر ما يكفيها في كـل

(١) ل : عن الخصيب الوابشية ٠ ب : عن الخصيب قالت ٠

(٢) ص : فرض لي شريح عشر دراهم ٠ وحول مقدار النفقة انظـر المبسوط ١٨٣/٥

(٣) ف : يقترض

(٤) ف : مقر بها

(٥) ل ب : ما يكفيها

(٦) ص : ليس بلازم

شهر ، حتى [٧] اذا كان فرض لها عليه دراهم كثيرة لغلاء الاسعار[٨] ثم رخصت الاسعار[٩] كان له أن يمنع الزيادة ، ويعطيها[١٠] من الدراهم المفروضة عليه قدر كفايتها ·

واذا فرض لها عليه دراهم يسيرة لرخص الاسعار[١١] ، ثم غلت[١٢] كان لها أن تطالب الزوج بالزيادة على المفروض [الى][١٣] قدر كفايتها ·

[١٢٢٠_ ذكر عن علي رضي الله عنه انه فرض لامرأة وخادمها اثنى عشر درهما في الشهر ، أربعة للخادم ، وثمانية للمرأة ، منها درهمان للقطن والكتان[١٤] ·

والتقدير باثنى عشر ليس بتقدير لازم ·

---

(٧) ل : حتى لو فرض لها عليه · هـ حتى اذا فرض ومن قوله [والتقدير بخمسة عشر درهما ··] الى هنا ليس في فجم ·

(٨) ل : السعر ·

(٩) س : ثم رخص السعر · وقد سقطت هذه العبارة من هـ ·

(١٠) من هنا بداية ما سقط من نسخة ب ·

(١١) س : لرخص السعر ·

(١٢) فجس : ثم غلا السعر

(١٣) الزيادة من س ·

(١٤) قوله ذكر عن علي رضي الله عنه انه فرض لامرأة وخادمها اثنى عشر درهما في الشهر اربعة للخادم وثمانية للمرأة منها درهمان للقطن والكتان رواه البيهقي عن ابى بكر بن الحارث الفقيه ، أنا علي بن عمر الحافظ ، نا أحمد ابن محمد بن بحر العطار بالبصرة ، نا اسحق بن ابراهيم بن حبيب بن الشهيد ، نا يحيى بن يمان عن المنهال بن خليفة عن الحجاج بن ارطاة عن قتادة عن خلاس عن علي رضي الله عنه انه فرض لامرأة وخادمها اثنى عشر درهما للمرأة ثمانية وللخادم اربعة ، ودرهما ــ وفي رواية ودرهمان ــ من الثمانية للقطن والكتان ، قال البيهقي هذا اسناد ضعيف . السنن الكبرى : ٧/٤٦٩ ··

لما قلنا ٠

في الحديث دليل على أنه لا يسوي بين نفقة الخادم ونفقة المرأة ٠

فرق بين هذا وبين الحرة والامة اذا كانتا منكوحتين ، فانهما يستويان في النفقة ٠

ذكر بعد هذا[١٥] :

والفرق : أن[١٦] الحرة تستحق بحكم الزوجية ، والامة بحكم[١٧] الخدمة ، لا حكما للنكاح ٠ أما[١٨] ثمة فاستحقت كل واحدة منهما حكما للنكاح ٠٠

ثم قال في الحديث :

منهما درهمان للقطن والكتان ٠

قال مشايخنا : لانفهم لهذا معنى : لان المرأة ما دامت في بيت زوجها لا يجب عليها أن تغزل لزوجها ، ويحتمل[١٩] أن يكون معناه : انها شكت وحشتها ، فأمره علي رضي الله عنه أن يؤنسها بالقطن والكتان ٠

---

(١٥) قوله : ذكر بعد هذا أي ذكر الخصاف بعد هذا ما نصه ٠٠ وقد سقطت هذه العبارة من نسخة س ٠

(١٦) ك ف : والفرق ان ههنا الحرة ٠٠

(١٧) ل : بحق الخدمة ٠

(١٨) ل : اما ثمة فكل واحدة منهما استحقت ٠

(١٩) ص : ويحتمل معناه ٠

[نفقة امرأة الصبي]

[١٢٢١] ذكر عن ابي اسحق أنه قال :

زوج مالك ابنه وليس له مال[٢٠] [من][٢١] ابنة اخيه ، وهي يتيمة ، ثم تركهما لا ينفق عليهما ، فاستعدت اليتيمة شريحا ، يعني الى شريح ، فقال له شريح[٢٢] :

زوجت ابنك لا مال له بنت أخيك يتيمة في حجرك ، ثم تركتهما لا تنفق عليهما [انفق عليهما] خمسة عشر درهما كل شهر[٢٣] حتى يستغنيا ٠

ولسنا[٢٤] نأخذ [٢٧٠آ] بهذا الحديث ٠

لان نفقة امرأة الصبي اذا كانت كبيرة أو صغيرة تطيق الرجال ، ويجامع مثلها ، في مال الصبي اذا كان له مال ، ويستدين الاب على الابن ، اذا لم يكن له مال ، وليس[٢٥] على الاب نفقة امرأة ابنه ٠

[نفقة المرأة الصغيرة]

[١٢٢٢] ذكر عن يحيى قال :

سألت شريحا عن الرجل يتزوج الصبية ، أيجبر[٢٦] على نفقتها ؟ قال : نعم ٠

---

(٢٠) س : ولا مال له ٠
(٢١) الزيادة من س ٠
(٢٢) ك : فقال له يعني شريح زوجت ٠٠
(٢٣) ف ل : في كل شهر ٠ وقد سقطت من ص ٠
(٢٤) س : ولا نأخذ ٠
(٢٥) س : قال وليس ٠
(٢٦) ك : اتجب ٠

وهذا مذهب شريح أنه يوجب [النفقة] بنفس العقـــد [سواء][٢٧] كانت المرأة صغيرة أو كبيرة ٠

وعلل فقال :

لانه يقدم على ذلك ، وهو يعلم ٠

يريد به : انه لما تزوجها مع علمه بأنها صغيرة ، صـــار[٢٨] راضيا بتأخير حقه في الجماع ، وهي[٢٩] لم ترض بتأخير حقها في النفقة ٠

والمذهب عندنا : أنها اذا كانت لاتطيق الرجال ، ولاتحتمل الجماع لاتستحق النفقة ٠

[١٢٢٣] ذكر عن سفيان بن سعيد[٣٠] انه قال

ليس على الزوج أن ينفق على امرأته وهي صبية حتى تبلغ ٠

ولسنا نأخذ بهذا الحديث ٠

فانه يجب عليه النفقة اذا كان يجامع مثلها ، وتصلح لخدمة الرجال ٠

[النفقة مدة الحبس]

[١٢٢٤] ذكر عن ابراهيم واسماعيل بن مسلم عن الحسن[٣١] قـــال :

---

(٢٧) الزيادة من ل ٠
(٢٨) س : يعني لانه علم انها صغيرة فصاررضى بتأخير حقه
(٢٩) ف : وهو لم يرض
(٣٠) قوله (ابن سعيد) ليس في هـ ومحله بياض فيها ٠
(٣١) س : قال الحسن ٠

اذا جاء الحبس من قبل المرأة فعليها النفقة •

يعني لا نفقة لها على الزوج •

وان كان الحبس من قبله[٣٢] فعليه النفقة •

يعني لها النفقة على الزوج •

أما اذا جاء الحبس[٣٣] من قبلها فالحبس من قبلها على ثلاثة أوجه :

اما ان نشزت •

او حبست في السجن بحق •

أو بغير حق •

وفي الوجوه الثلاثة لا نفقة لها •

أما في الوجه الاول فلانها منعت زوجها[٣٤] من الاستمتاع بها والانتفاع ، فلا يكون لها النفقة ، ولهذا قال الحسن ــ ذكر بعد هذا ــ حين سئل عن نفقة الناشزة : هل تجب لها على زوجها نفقة؟ قال : نعم جوالق من تراب ؛ يعني لا نفقة لها •

وأما في الوجه الثاني فلأن الحبس جاء من قبلها ؛ لانها اذا كانت [٢٧٠ ب] قادرة على اداء الدين تجب عليها أن تؤدي ،

---

(٣٢) س : من جهته •

(٣٣) ف : اما هذا اذا كان الحبس من قبله ، فأما اذا كان الحبس من قبلها فهو على ثلاثة اوجه •

(٣٤) ل : فلانها منعت نفسها من الاستمتاع •

فتخرج ، فاذا لم تفعل [فقد][35] جاء الحبس من قبلها .

وأما الوجه الثالث[36] فالحبس وان كان بغير حق ؛ لانها لم تقدر على اداء الدين ، او حبست ظلما ، فالحبس لم يجيء من قبلها ، انما[37] جاء من قبل الزوج ، فلا يجب عليه الحق ؛ كمن[38] آجر[39] دارا[40] ، وسلمها الى المستأجر ، فجاء غاصب وغصبها ، لا أجرة على المستأجر ؛ لانه فاته[41] التمكن من الانتفاع ، لا من جهة المستأجر .

هكذا ذكر الخصاف في الكتاب .

وروي عن ابي يوسف انه لو غصبها انسان ، وهرب بها ، أنها تستحق النفقة .

وذكر القاضي الامام أبو الحسن علي بن الحسين السغدي في شرح هذا الكتاب أنه لو غصبها انسان او حبست ظلما انها تستحق النفقة .

والخصاف اعتبر فوات سبب النفقة ، وهو القيام عليها ،

---

(35) الزيادة من ل .

(36) عبارة س : وفي الوجه الثالث الحبس وان كان بغير حق الا انها لما حبست ظلما ولم تقدر على اداء الدين والحبس ان لم يجيء من قبلها ما جاء من قبل الزوج فلا تجب عليه النفقة .

(37) ك ل س : ما .

(38) ف : فمن .

(39) ص : آجره .

(40) هـ ك : داره .

(41) ك ل س : فات .

لا[٤٢] من جهة الزوج في حق فوات استحقاق النفقة ، لانه اذا فات لا من قبله لا يجعل الفائت كالقائم[٤٣] •

والقاضي الامام ، وهو[٤٤] رواية ابي يوسف ، اعتبر الفوات من جهتها في حق فوات استحقاق النفقة •

وسيأتي هذا الفصل بعد هذا ان شاء الله تعالى •

والفتوى على قول الخصاف •

وأما اذا كان الحبس من قبل الزوج ، فهو[٤٥] على ثلاثة اوجه :

أما ان تستر[٤٦] او هرب •

أو حبس بحق •

أو بغير حق •

وفي هده الوجوه الثلاثة لا تسقط النفقة ؛ لما ذكرنا •

[نفقة المطلقة اذا تحولت]

[١٢٢٥] ذكر عن الشعبي في امرأة طلقت فتحولت ، قال : ليس لها نفقة ، لانها ناشزة[٤٧] •

---

(٤٢) ف : الا •

(٤٣) ف : الغائب كالعادم •

(٤٤) س : وهو ابو يوسف (وهو سهو) • ل : وهو رواية عن ابي يوسف •

(٤٥) ف : ايضا على ثلاثة •

(٤٦) ف : نشز (وهو تصحيف) •

(٤٧) هذه المسالة من بدايتها الى هنا ليست في ص •

وفي الحديث دليل على ان الناشزة لا نفقة لها ٠

[نفقة الناشزة]

[١٢٢٦] ذكر عن عبدالرحمن قال :

سألت الشعبي[٤٨] عن امرأة فرت من زوجها شهرا ، ألها نفقة ؟ قال : لا مالم ترجع اليه [وترضى][٤٩] ٠

في الحديث دليل على أن الناشزة لا نفقة لها ٠

وهذا انما يكون اذا فرت [٢٧١ أ] من بيت زوجها ، أما اذا كانت مقيمة في ناحية من بيت الزوج ، ولا تمكنه من نفسها ، فانها تستحق النفقة ٠

لانها اذا كانت في بيت الزوج فالظاهر أن الزوج يقدر على تحصيل مقصوده منها ، وان كان لا يقدر ، لكن معنى القيام عليها تحصل ، فتستحق النفقة عليه ٠

ألا ترى أن الرتقاء تستحق النفقة ، وان كان الزوج لا يقدر على تحصيل مقصوده منها ٠

[١٢٢٧] ذكر عن هارون انه قال :

سئل الحسن عن امرأة خرجت مراغمة لزوجها : ألها نفقة ؟

---

(٤٨) الى هنا نهاية ما سقط من نسخة ب ، وقد شغل قسما من المسألة ١٢١٩ ثم مابعدها من المسائل الى هنا ٠

(٤٩) س : ما لم ترجع اليه يريد وترضى ٠ والزيادة منها ومن ص ل ٠ وفي ف ب : الها نفقة قال الامام ترجع اليه وهو تصحيف ٠

قال : نعم ، جوالق من تراب(٥٠) .

يعني لا نفقة لها .

كما قال عليه الصلاة والسلام :

« الولد للفراش وللعاهر الحجر »(٥٠)

يعني لا حظ له في الدعوى(٥١) فبفيه الحجر ، يعني حتى لا يدعي النسب .

[١٢٢٨] ذكر عن الضحاك انه قال(٥٢) :

اذا خرجت المطلقة في عدتها فلا سكنى لها ولا نفقة .

لان العدة ما دامت باقية كان النكاح باقيا من وجه ، ولو نشزت في حال قيام النكاح من كل وجه ، لم يكن لها النفقة والسكنى . فكذا اذا نشزت في حال قيام النكاح(٥٣) من وجه .

---

(٥٠) قول الحسن عن المرأة التي خرجت مراغمة لزوجها حين سئل ألها نفقة قال : نعم جوالق من تراب روى السرخسي ذلك عن شريح حين قيل له هل لناشزة نفقة فقال نعم فقيل كم ؟ قال جراب من تراب (المبسوط : ١٨٦/٥) .

(٥٠) حديث (الولد للفراش وللعاهر الحجر) متفق عليه من حديث عائشة فقد رواه البخاري روايات كثيرة في صحيحه منها في البيوع (صحيح البخاري ، جـ٢ ص٣) وفي الوصايا جـ٢ ص٨٣ وغير ذلك ورواه مسلم في الرضاع عنها (صحيح مسلم : ١٠٨٠/٢ ـ ١٠٨١ رقم ٣٦ ، ٣٧ تسلسل ١٤٥٧ـ١٤٥٨) ورواه ابن ماجة في النكاح عنها ٦٤٦/١ ـ ٦٤٧ رقم الباب ٥٩ تسلسل ٢٠٠٤ ـ ٢٠٠٧ وقد رواه ابو داود والترمذي والنسائي والدارمي ومالك والامام احمد وغيرهم فانظر المعجم المفهرس لالفاظ الحديث (مادة : حجر ٤٢٥/١) ، ومادة : عهر ٤٠٩/٤ . وانظر الجامع الصغير : ١٩٨/٢ .

(٥١) ص ل هـ ب : في الدعوة ، س : في الدعوى كونها في صحة دعوته النسب يجعل له الحجر ذكر عن الضحاك .. ك : من الدعوى .

(٥٢) ص : انه كان .

(٥٣) ل : قيام الزوج عليها من وجه .

[حدود نفقة المرأة]

[١٢٢٩] ذكر عن شريك[٥٤] قال :

شهدت ابن ابي ليلى [٥٥] فرض على ليث[٥٦] بن ابي مسلمة لامرأته سته دراهم ، ولخادمها[٥٧] ثلاثة دراهم في الشهر[٥٨] ٠

فهذا الحديث دل على ما دل عليه حديث علي رضي الله عنه ان نفقة الخادم دون نفقة المرأة ٠

[١٢٣٠] قال شريك : وكان ابن ابي ليلى يقضي في كسوة المرأة بدرعين ، وخمارين ، وملحفة واحدة في السنة ٠

ذكر درعين[٥٩] وخمارين وملحفة واحدة ، لان الملحفة مما يطول مكثها[٦٠] ٠

واختلفوا في تفسيرها :

قال بعضهم : هي الملاءة التي تلبسها المرأة عند الخروج ٠

وقال بعضهم : هي غطاء الليل ، تلبس بالليل ٠

ثم ذكر درعين وخمارين ، وأراد به صيفيا [٢٧١ ب]

---

(٥٤) ف هـ : ذكر عن شريح ٠

(٥٥) ب : ابن ابي سلمة ٠

(٥٦) ص : لبيب ٠ ب : ليث بن ابي سليم ٠

(٥٧) ف : وجاريتها ٠

(٥٨) ك : في السفر ٠

(٥٩) ف : ذراعين ٠

(٦٠) س : مكثها زمانا ٠

وشتويا ، احدهما رقيق[٦١] يصلح لها في الصيف ، والاخر ثخين[٦٢] صفيق ، يصلح لها في الشتاء ٠

ولم يذكر السراويل ههنا اصلا ٠

وكذا لم يذكر محمد رحمه الله في المبسوط [ذلك][٦٣] اصلا ٠

وذكر الخصاف بعد هذا الكسوة ، ولم يذكر السراويل في الكسوة بالصيف ، وذكر في كسوة الشتاء ٠

وهذا في عرف ديارهم بالعراق ، فانهم لا يتمكنون من ليس السراويل ، لشدة الحر في زمان الصيف ، ويتمكنون[٦٤] في زمان الشتاء ٠

فأما في عرف ديارنا فيقضى[٦٦] لها بالسراويل ، وبثياب ضر مما تحتاج اليه في الشتاء سوى هذه الثياب ، نحو الجبة وما اشبه ذلك ٠

[١٢٣١] ذكر الخصاف بعد هذا ههنا فوائد أخر [وقد][٦٧] ذكرناها في [شرح][٦٨] المختصر ٠

---

(٦١) ف ك : رقيقا ٠
(٦٢) ب : والاخر خفيف ٠
(٦٣) الزيادة من ل ٠
(٦٤) س : فانهم لايحتاجون الى لبس السراويل ٠
(٦٥) ف : وذكر في كسوة الشتاء ٠ ل : ويتمكنون منه في زمان الشتاء ٠
(٦٦) س : فيقضى به وثياب أخر ٠ ل : فان القاضي يقضي ٠
(٦٧) الزيادة من ل ٠
(٦٨) الزيادة من س هـ ل ص ب ٠

[١٢٣٢] ذكر عن الشعبي في امرأة أضر بها زوجها ، ففرض لها الشعبي خمسة عشر صاعا ودرهمين في كل شهر ٠

وهذا الحديث يفيد ما أفادته الاحاديث المتقدمة ٠

[نفقة زوجة العبد]

[١٢٣٣] ذكر عن الشعبي انه قال :

اذا تزوج العبد باذن مولاه ، فعليه النفقة ٠

لان السبب ظهر باذن المولى ٠

[نفقة المرأة المملوكة]

[١٢٣٤] ذكر عن الحسن قال :

ينفق الرجل على امرأته المملوكة[٦٩] اذا أتته ، فان لم تأته لم ينفق عليها ٠

أراد به اذا بوآها بيتا وسلمها المولى اليه ، ولم يطالبها بالخدمة ٠

لانه اذا فعل هكذا تمكن[٧٠] الزوج من الانتفاع بها فكان لها النفقة . وان لم يفعل هكذا لم يتمكن فلا تكون لها النفقة ٠

[نفقة خادم المرأة]

[١٢٣٥] ذكر عن الحكم قال :

ينفق الرجل على امرأته وخادم[٧١] واحد ٠

---

(٦٩) س : على امرأة مملوكة ٠

(٧٠) ف : لتمكن ٠

(٧١) س : وخادمه الواحد ٠ ص : وخادمة واحدة لان الواحدة تقوم ٠

لان الواحد يقوم بخدمتها وكفايتها وما وراءها من باب السرف[72]] والمروءة ·

وروي عن ابي يوسف في غير رواية[73] الاصل[74] أنه ينفق على امرأته وخادمين[75] ·

لانها قد تحتاج اليهما ؛ ليقوم احدهما بأمور داخل البيت والاخر بامور خارج [٢٧٢ أ] البيت ·

ذكر صاحب الكتاب القولين بعد هذا ·

[أمر القاضي الزوج بالانفاق على زوجته]

[١٢٣٦] قال :

واذا طالبت المرأة زوجها بالنفقة ، وهي امرأته على حالها ، وقالت : انه يضيق علي ، ويضر بي[76] ، فان القاضي يأمره بالانفاق[77] عليها ·

لان الله تعالى أمره بالامساك بالمعروف ، وليس من المعروف ترك التوسع[78] في النفقة ، والزوج هو الذي يلي الانفاق ، الا أن يظهر للقاضي ظلمه [ومطله] أنه يضر بها ، ولا ينفق عليها ،

---

(٧٢) ف : الشرف ·

(٧٣) س : في رواية الاصول ·

(٧٤) ل ف ص ب : الاصول ·

(٧٥) ص : وخادمتها ·

(٧٦) س ف : ويصربني · ص ب : ويضرني ·

(٧٧) ل هـ ص : بالنفقة عليها ·

(٧٨) ص ب : التوسيع ·

فحينئذ يفرض لها القاضي النفقة[٧٩] عليه في كل شهر ، ويأمره أن يعطيها[٨٠] النفقة لتنفق على نفسها هي ٠

لان نفقتها واجبة بعقد النكاح ، فالقاضي يعينها على الوصول الى حقها ٠

واذا لم يعطها ، وقدمته مرارا ، ولم يقبل نصح القاضي ، ولم ينجع فيه وعظه ، حبسه القاضي ؛ لظهور مطله[٨١] ٠

فاذا فرض[٨٢] لها فرض نفقة يعطيها في كل شهر مقدار ما تحتاج اليه ، وعلى قدر طاقة الرجل على يسره وعسره ، فينظر الى ما يكفيها من الدقيق ، والادم[٨٣] [والدهن][٨٤] وحوائج المرأة التي تكون لمثلها ، فيقوم ذلك دراهم[٨٥] ، ويفرض[٨٦] عليه في كل شهر ، ويأمر بدفع ذلك اليها : أما [أن][٨٧] ينظر الى قدر كفايتها ؛ لان النفقة انما تجب[٨٨] كفاية لها ، فيوجب مقدار ما يكفيها ، وأما ينظر الى طاقة الرجل على يسره وعسره ؛ لقوله تعالى :

---

(٧٩) ص هـ : نفقة ٠ ف : النفقة بعقبه عليه ٠

(٨٠) ف ص : ان يعطيها لتنفق

(٨١) س : لظهور مطله ويفرض بقدر ما يحتاج اليه وعلى قدر طاقة الرجل على عسره ويسره وينظر الى ما يكفيها ٠

(٨٢) ص : فاذا فرض لها نفقة يعطيها ٠٠

(٨٣) س : والادام ٠

(٨٤) الزيادة من س ص ب ل

(٨٥) ل : بدراهم ٠ س : بالدراهم

(٨٦) س : ويفرضها ٠

(٨٧) الزيادة من س ٠

(٨٨) ص : انما تجب بقدر كفاية لها ٠

« وعلى الموسع قدره وعلى المقتر قدره »[89]

[نفقة المرأة معتبرة بحالها في اليسار والاعسار]

[١٢٣٧] قال :

وان كان الرجل صاحب مائدة ، فطلبت المرأة من القاضي أن يفرض[90] لها النفقة لا يفعل ذلك •

لان الرجل اذا كان بهذه الصفة ينفق على من ليس عليه نفقته ، فلا يمتنع من الانفاق على من تجب عليه نفقته •

وان تحققت الحاجة الى الفرض في هذه الصورة ، وكان الرجل مفرط اليسار ممن يأكل الخبز الحوارى[91] ، والحملان ، والدجاج [٢٧أ ب] والحلوى ، والمرأة فقيرة تزوجها على ذلك ، فالقاضي يفرض لها نفقة مثلها من اوساط[92] الناس ، ولا يفرض عليه قدر ما يأكله •

وكذلك سبيل الكسوة •

[١٢٣٨] وان كانت المرأة موسرة مثله أجبر[93] على أن ينفق عليها نفقة واسعة ليست بسرف •

---

(٨٩) البقرة : ٢٣٦ •

(٩٠) ص : يفرض النفقة عليه •

(٩١) الحواري (بالضم وتشديد الواو مقصور) قال الرازى : ما حور من الطعام أي بيض ، وهذا دقيق حواري وحوره فاحور اي بيضه فابيض • (مختار الصحاح : حور ، ص١٦١) •

(٩٢) هـ : اواسط •

(٩٣) س : اجبر على النفقة الواسعة دون السرف • هـ : امره القاضي على أن ينفق •

فهذا يشير الى انه يعتبر حالها في اليسار والعسرة ، حتى قال :

[١٢٣٩] اذا كانا موسرين كان لها نفقة الموسرين ، لكن نفقة لا اسراف فيها ، فان الاسراف في كل شيء حرام ٠

[١٢٤٠] وان كان الرجل موسرا مفرط اليسار ، والمرأة معسرة ، كان لها نفقة مثلها من اوساط الناس(٩٤) ، فيكون دون ما لو كانت موسرة وفوق ما لو كان الزوج معسرا ٠

وهكذا ذكر الخصاف في النفقات(٩٥) أنها يعتبر حالها في اليسار والاعسار ، حتى لو كانا موسرين لها نفقة الموسرين ، لكن نفقة لا اسراف فيها ، ولو كانا معسرين كان لها نفقة المعسرين ، لكن نفقة لا تقتير فيها ٠

ولو كانت موسرة والزوج معسر(٩٦) فلها فوق ما لها لو كانت معسرة ٠

ولو كانت معسرة والزوج موسر(٩٧) فلها دون ما [لها](٩٨) لو كانت موسرة ٠

[١٢٤١] وذكر الخصاف بعد هذا وقال :

---

(٩٤) هـ : اواسط الناس ٠

(٩٥) ص : النفقة ٠

(٩٦) ب ص هـ ل : معسرا ٠

(٩٧) ص ل : موسرا ٠

(٩٨) الزيادة من س ب ٠

ان كانت المرأة موسرة مفرطة اليسار ، والرجل[٩٩] من اوساط الناس ، فرض لها نفقتها على قدر طاقته ، ولم يفرض لها على قدر يسارها وحالها ٠

فهذا دليل على انه يعتبر حاله في اليسار والاعسار لا حالها[١٠٠] ٠

وهكذا ذكر محمد رحمه الله في كتاب النكاح ٠

هكذا ذكر الخصاف بعد هذا في الكسوة ٠

والصحيح أنه يعتبر حالها[١٠١] ٠

[عدد خدم المرأة الذين تجب نفقتهم على الزوج]

[١٢٤٢] قال :

وان كان لها رقيق ، من غلمان وجوار ، لم يفرض لخدمها كلهم ، لكنه يفرض[١٠٢] لاثنين منهم ٠ والقول الاخر : أنه يفرض لخادم واحد ٠ [٢٧٣ أ]

فالقول الاول قول ابي يوسف رحمه الله ٠

والقول الثاني قول أبي حنيفة[١٠٣] ومحمد رحمهما الله ٠
وقد مرت المسألة من قبل ٠

---

(٩٩) ف هـ : والزوج من اوساط ٠
(١٠٠) س : لاحاليهما ٠ ب : لاحالتهما ٠
(١٠١) س : حاليهما ٠ ب ص : يعتبر حالهما ٠
(١٠٢) العبارة : (لخدمها كلهم لكنه يفرض) ليست في ف
(١٠٣) س : قول ابي حنيفة رحمه الله وقد مرت ٠٠ (اي بسقوط لفظة محمد)

[لا يفرض لاحد موسر نفقة الا للمرأة على زوجها]

[١٢٤٣] قال :

وليس[١٠٤] يفرض لاحد موسر نفقته على أحد الا للمرأة على زوجها ، فانه يفرض لها النفقة عليه وان كانت موسرة ٠

لما روينا من حديث هند امرأة [ابي] سفيان انها استحقت النفقة ، وكانت صاحبة أموال جمة[١٠٥] ٠

ولان وجوب النفقة لها بالعقد ، والعقد في حق الموسرة والمعسرة واحد ٠

أما وجوب نفقة من عداها فباعتبار الحاجة[١٠٦] فلا تجب بدون الحاجة ٠

[حبس الزوج بالنفقة]

[١٢٤٤] قال :

وان فرض القاضي عليه نفقة[١٠٧] ، فسألت حبسه لها بذلك ، لم يحبسه[١٠٨] لها الفاضي ، حتى يمضي من الوقت الذي فرض لها فيه النفقة ما لم يعلم[١٠٩] القاضي انه قد منعها ذلك ، ودافعها بها ، ثم يحبسه بما وجب لها من النفقة ٠

---

(١٠٤) س : ولا يفرض لاحد من الموسرين نفقة على غيره الا الزوجة على زوجها ٠

(١٠٥) مر حديث هند امرأة ابن سفيان في اول الباب التاسع والثمانين ضمن الفقرة ١٢١١ ومر هناك تخريجه ٠

(١٠٦) س : باعتبار الحاجة خاصة مع اليسار

(١٠٧) ل : النفقة ٠

(١٠٨) هـ : يحبسه (بسقوط لم)

(١٠٩) ف : ما يعلم (بسقوط لم أيضا)

اما حبس الزوج بالنفقة ، فلأن نفقتها تصير دينا بقضاء القاضي، والزوج يحبس بسائر ديون المرأة ، فكذا في دين النفقة(١١٠) ٠

لكن انما يحبس بعد الوجوب ، وظهور المطل(١١١) ، فاذا فاذا مضى بعض الوقت ، وقد علم القاضي أنه قد منعها ذلك ، بأن(١١٢) اعادت المرأة زوجها الى القاضي بعد الفرض ، ظهر المطل فيحبسه ٠

واذا حبس لا تسقط النفقة ٠

لان هذا حبس بحق ، وقد وجد المنع من جهته ، فيلزم النفقة وهو في الحبس ، لما يستقبل ٠

[استدانة المرأة على الرجل بنفقتها بعد فرض القاضي لها ذلك]

[١٢٤٥] قال : فان فرض القاضي عليه(١١٣) نفقة كل شهر مطلها بذلك شهرا ، فاستدانت عليه فأكلت ، أو كان عندها ما تأكل ، فانفقت مما عندها فان النفقة لازمة تأخذه بها(١١٤) ما كان حيا ، والاخذ(١١٥) انما كان بحكم الاستدانة ٠

لانه لا ولاية لها عليه ، لكن باعتبار أن النفقة بقضاء القاضي [٢٧٣ ب] صارت دينا [في ذمته](١١٦)

---

(١١٠) ف : فكذا في دين المرأة ٠
(١١١) ل : ووجود المطل ٠
(١١٢) ص هـ ل س : فان ٠
(١١٣) س : النفقة عليه ٠ ل : عليه النفقة في كل شهر ٠
(١١٤) ص : نأخذها بها ٠
(١١٥) س : والاخذ ما كان بحكم الاستدانة ٠
(١١٦) الزيادة من س ٠

[تبطل نفقة المرأة بموت الزوج]

[١٢٤٦] قال :

وان مات بطل ما كان وجب لها عليه من النفقة ولم تأخذ [١١٧] من ميراثه ٠

علل صاحب الكتاب فقال :

لان أصل ذلك لم يكن مالا ٠

أراد به أن أصل ذلك اذا لم يكن مالا كانت النفقة في حق وصف المالية صلة ، والصلات لا تتم الا بالتسليم ٠

فاذا مات قبل التسليم سقطت(١١٨) ٠

فان قيل : لو كانت صلة ، كيف يجبر الزوج على التسليم ؟

قيل له : يجوز أن يجبر ؛ ألا ترى أن من أوصى أن يوهب عبده لفلان(١١٩) بعد موته ، فمات الموصي ، فان الوارث يجبر على تنفيذ الهبة في العبد ، وان كان صلة ٠

ولو مات العبد تبطل(١٢٠) الوصية(١٢١) ٠

وكذا الشفيع يستحق على المشتري تسليم الدار(١٢٢) اليه بالشفعة ، والشفعة صلة شرعية ٠

ولو مات الشفيع بطلت الشفعة ٠

---

(١١٧) ص : ولم يؤخذ ٠ ب : ولم تأخذه ٠

(١١٨) ف ك هـ : سقط ٠ ب تسقط

(١١٩) س ك ص هـ : من فلان

(١٢٠) ف : بطلت ٠

(١٢١) ب : تبطل الهبة ٠

(١٢٢) ل : الدار المبيعة اليه ٠

[لا تجبر المرأة على الخبز والطبخ]

[١٢٤٧] قال :

وان فرض القاضي لها[١٢٣] نفقـة ما تحتاج اليـه مـن الدقيق[١٢٤] ، وسائر المؤن ، فقالت : أنا لا أعمـل[١٢٥] ، ولا أخبز ، ولا اطبخ ، ولا اعالج شيئا من[١٢٦] ذلك ، فانها لا تجبر على ذلك ، وعلى الزوج أن يأتيها بمن[١٢٧] يكفيها عمل الخبـز ، والطبخ ، وما أشبه ذلك ٠

لان الواجب لها على الزوج الطعام ٠ قال الله تعالى :

« من أوسط ما تطعمون اهليكم »[١٢٨] ٠

والطعام ما يمكن تناوله ٠ والحنطة والدقيق لايمكن تناولهما، فوجب على الزوج أن يجعل الحنطة والدقيق مهيأة للاكل ٠ وذا [انما يكون][١٢٩] بالطبخ والخبز ٠

فرق بين نفقتها ، وبين نفقة خادمها ، فان خادمتهـا[١٣٠] اذا امتنعت من هذه الاعمـال لا[١٣١] تستحق النفقة عـلى زوج مولاتها ٠

---

(١٢٣) س : لها بقدر ما تحتاج ٠ ب : لها النفقة مما تحتاج ٠
(١٢٤) ب : من الرقيق (وهو تصحيف)
(١٢٥) س : لا اعجن ٠
(١٢٦) س : من هذه الاشياء ٠ ص هـ : شيئا منها فانها ٠
(١٢٧) ب : بما ٠
(١٢٨) س : وكسوتهم ٠ والاية من سورة المائدة اية : ٩٢
(١٢٩) الزيادة من ل ٠
(١٣٠) هـ س ل : خادمها ٠
(١٣١) ب هـ : فانها لا تستحق ٠

والفرق : ان نفقة الخادم انما تجب بازاء[١٣٢] الخدمة فاذا امتنعت فلا نفقة لها ٠

أما نفقة المرأة [فانها][١٣٣] تجب بازاء التمكين ، وقد مكنت ، فلا تجب عليها هذه الاعمال ٠

وهكذا ذكر الخصاف في النفقات ٠

قال الفقيه [٢٧٤أ] ابو الليث رحمه الله في نكاح الفتاوى :

[على][١٣٤] هذا اذا كانت المرأة بها علة لا تقدر على الخبز والطبخ ، أو كانت من الاشراف ٠ أما اذا كانت[١٣٥] ممن تقدر ، وهي ممن تخدم نفسها لا يجب على الزوج أن يأتيها بمن يفعل ذلك ؛ لانها متعنتة في ذلك ٠

[تفسير الناشزة]

[١٢٤٨] قال :

وليس للناشزة[١٣٦] على زوجها نفقة ما كانت[١٣٧] على تلك الحالة ٠

لما روينا من الاحاديث ٠

ثم فسر صاحب الكتاب الناشزة في الكتاب فقال :

---

(١٣٢) ص : باداء ٠

(١٣٣) الزيادة من ل ٠

(١٣٤) الزيادة من س ٠

(١٣٥) هـ : كانت تقدر ٠

(١٣٦) ل : للناشز ٠

(١٣٧) س : مادامت ٠ ل : ماكانت على ذلك الحال ٠

الناشزة :[138] هي الخارجة عن منزل زوجها المانعة [من] نفسها[139] ٠

لانها اذا كانت مقيمة مع الزوج في البيت ، فالظاهر أن الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها ، وا نلم يقدر لكن[140] لما كانت في بيت الزوج تحقق[141] القيام عليها ٠ وسبب استحقاق النفقة القيام عليها ؛ كالمرأة الرتقاء ٠

وقد مر هذا من قبل ٠

[من هي على حكم الناشزة]

[١٢٤٩] قال :

وكذلك لو كان المنزل ملكا لها ، والزوج ساكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها ، لم يكن لها نفقة ما كانت على تلك الحالة ٠

لانها لما منعته من الدخول عليها فقد حبست نفسها ، فصارت كأنها نشزت[142] الى موضع آخر ، الا أن تكون سألته أن يحولها الى منزله ، أو يكتري لها منزلا يصيرها فيه ، وقالت : انا[143]

---

(١٣٨) ل : الناشز ٠

(١٣٩) ص ل : المانعة نفسها منه لانها ٠ ب : المانعة لنفسه منه والزيادة من س ٠

(١٤٠) قوله (لكن) ليس في هـ ٠

(١٤١) ك هـ ل ص : يتحقق ٠

(١٤٢) ص : كأنها فرت ٠

(١٤٣) فـجم : ان احتاج ٠

احتاج الى منزلي ، ومنعته من الدخول عليها فلها ذلك ، ولهـــا النفقة ٠

فرق بين هذا وبين ما اذا حبست في السجن ظلما ، او غصبها انسان فهرب بها حيث لا نفقة لها ٠

والفرق : ان السبب الموجب للنفقة هو القيام عليهـــا ، والقيام عليها انما يتحقق بكونهـــا في بيــت الزوج واقامتها باعمال الزوج في البيت ٠ وفي الوجه الاول انما فات[١٤٤] هذا السبب من قبل الزوج من حيث الحقيقة فلا تسقط النفقة ، وفي الوجه الثاني ما فات من قبل الزوج ، وان لم يفت من قبلهـا ، لكن لما لم يفت من قبل الزوج يجعل[١٤٥] [٢٧٤ ب] كالقائم ، فينعدم سبب استحقاق النفقة ٠

ثم هذا الفرق انما يتأتى على ماذكر الخصاف ٠

اما على ما ذكره القاضي الامام ابو الحسن السغدي[١٤٦] فه يتأتى[١٤٧] ٠

لانها تستحق[١٤٨] النفقة في الوجهين جميعا ٠

وهو رواية ابي يوسف في الغصب ايضا[١٤٩] على ما مر ٠

---

(١٤٤) ل : انما كان هذا ٠

(١٤٥) ك ل ص ب س : ليجعل ٠ هـ : فيجعل

(١٤٦) س : أبو الحسن علي السغدي ٠ وقد مرت ترجمته ٠

(١٤٧) ل : فانه لا يتأتى ٠

(١٤٨) س ف : لاتستحق ٠

(١٤٩) س ف ك : نصا ٠

[نفقة المرأة اذا حجت]

[١٢٥٠] قال :

وكذلك لو وجب عليها حجة الاسلام فحجت مع محرم لها ، لم يكن لها على الزوج نفقة حتى ترجع اليه ٠

لانها لما خرجت من بيت الزوج فات قيام الزوج عليها ، بخلاف ما لو صامت عن رمضان اوصلت ٠

لان بالصوم والصلاة لا ينعدم سبب الاستحقاق(١٥٠) للنفقة وهو قيام الزوج عليها ٠

[١٢٥١] قال :

ولو خرج الزوج معها كانت(١٥١) لها نفقة عليه ٠

لانه تقرر (١٥٢)السبب الموجب لاستحقاق النفقة في هذه الحالة ، وهو القيام عليها ٠

لكنها تستحق نفقة الحضر(١٥٣) لا نفقة السفر ؛ لجواز ان تكون نفقتها(١٥٤) في الحضر بنصف درهم ، وفي السفر مثلها(١٥٥) بربع دينار ، فانما تجب عليه نفقتها بنصف درهم والزيادة في مالها(١٥٦) ٠

---

(١٥٠) ب : استحقاق النفقة ٠
(١٥١) س : كان لها النفقة ٠
(١٥٢) س : لانه لا يقدر على السبب ٠ ب : تقدر
(١٥٣) ف : نفقة الحضور (وهو تصحيف) س : النعقة في الحضر
(١٥٤) ف ك ل ص ب : نحو ان توجد نفقتها ٠ هـ : نحو ان يأخذ نفقتها
(١٥٥) س : نصف درهم وفي السفر مثليها فانما ٠
(١٥٦) س ف : من مالها ٠

لان هذه زيادة لحقتها بازاء منفعة تحصل لها ، فلا تستحقها على الزوج . كالمريضة لا تستحق المداواة على الزوج ، وتستحق النفقة ، وليس عليه أن يكتري لها ٠

لان هذا ليس من نفقة الحضر ، فتكون في مالها ٠

[١٢٥٢] قال :

ولا تلزمه(١٥٧) نفقة الحج ٠

لان الواجب عليه نفقة الحضر لا نفقة الحج(١٥٨) ٠

[١٢٥٣] قال :

وليس للمرأة التي تزوجها الرجل نكاحا فاسدا نفقة على زوجها ما دامت مقيمة معه على(١٥٩) ذلك النكاح ، ولا بعد ما يفرق بينه وبينها ، وان كان قد دخل بها ٠

أما قبل الدخول فلأنه لا يتمكن من الانتفاع بها ٠

وأما بعد(١٦٠) الدخول والفرقة فلأن هـذه عدة وجبت لاشتغال رحمها بالماء ، وكانت بمنزلة الوطء بالشبهة [٢٧٥ أ] ومن وطيء امرأة بشبهة حتى وجبت العدة عليها ، فانها(١٦١) لا تستحق نفقة العدة ٠

---

(١٥٧) ف ك ص : ولا يلزمه من نفقة الحج ٠

(١٥٨) س : لا نفقة السفر ٠

(١٥٩) س : على تلك الحال ٠

(١٦٠) س : واما بعد الفرقة فلأن ٠٠٠

(١٦١) س : فالا تستحق (وهو تصحيف)

[حق السكنى للزوجة]

[١٢٥٤] قال :

وان كان للرجل والدة ، أو أخت ، أو ولد من غيرها ، أو انسان ذو رحم محرم من الزوج ، وكانت المرآة نازلة معهم في منزل واحد ، وقالت المرأة : أنا لا انزل مع واحد منهم ، فصر بي(١٦٢) في منزل على حدة(١٦٣) ، فلها ذلك ٠

لان حق السكنى لها انما كان لمعنيين :

أحدهما : ان تعاشر الزوج(١٦٤) ٠

والثاني : آن تأمن على متاعها ٠

فاذا كان معها ثالث تستحي من المعاشرة(١٦٥) مع زوجها ، وتخاف على متاعها ٠

هذا اذا كان البيت واحدا ٠

أما اذا كانت دارا فيها بيوت ، واعطى لها(١٦٦) بيتا يغلق عليها ويفتح ، لا يكون لها آن تطالبه(١٦٧) بمنزل آخر ٠

لأنه متى كان(١٦٨) لها في الدار بيت يغلق عليها ويفتح

---

(١٦٢) هـ ل : فصيرني

(١٦٣) س : وطلبت منزلا على حدة ٠

(١٦٤) ك ف : مع الزوج ٠

(١٦٥) س : من معاشرته وتخاف ٠

(١٦٦) س : واعطاها ٠ ب : فاعطى لها ٠

(١٦٧) ل : ان تطالب الزوج بمنزل

(١٦٨) ص ل ك ف : متى كان بيت الدار يغلق ٠

كان هذا بمنزلة[١٦٩] منزل [مفرد][١٧٠] فيتوفر[١٧١] عليها [فيه][١٧٢] حظها . فلا تثبت لها المطالبة بشيء آخر ٠

[١٢٥٥] قال :

ولو كانت في منزل له وليس معها احد من هؤلاء تساكن[١٧٣] ، فشكت الى القاضي أن الزوج يضربها ويؤذيها ، وسألت القاضي أن يفرض لها السكنى[١٧٤] بين قوم صالحين ، يعرفون احسانه[١٧٥] واساءته فهذا على وجهين :

اما ان علم القاضي أن الامر كما قالت ٠

أو لم يعلم ٠

فان علم زجره عن ذلك ، ومنعه من التعدي عليها ٠

لأنه علم أنه ارتكب ما لا يحل[١٧٦] له ٠

فان لم يعلم ينظر : فان كان جيران هده الدار قوما صالحين، أقرها هناك ، لانه لو أمر بنقلها من هذه الدار الى قوم آخرين مثلهم لا[١٧٧] يفيد ذلك ، فلا يأمر[١٧٨] ٠ لكن يسأل الصالحين من أولئك القوم عن صنيعه بها :

---

(١٦٩) ب هـ ف ص ل : بمنزلة المنازل ٠

(١٧٠) الزيادة من س ٠

(١٧١) هـ : فيوفر ٠

(١٧٢) الزيادة من س ٠

(١٧٣) ص ب : ساكن ٠ وقد سقطت من س ٠

(١٧٤) هـ ك ف ل : وسألت من القاضى أن يأمره ان يسكنها

(١٧٥) هـ : احسانه وامانته ٠

(١٧٦) ص : (ما لا يحل) بسقوط لفظه (له)

(١٧٧) س : فلا

(١٧٨) ل : فلا يأمر بنقلها ٠ وقد سقطت هذه العبارة من ص ٠

فان ذكروا عنه(179) مثل الذي ذكرت زجره عن ذلك ومنعه من التعدي عليها ٠

وان ذكروا أنه لا يؤذيها ، فالقاضي يتركها ٠

لأنه علم أنها متعنتة(180) ٠

وان لم يكن في جواره من [275 ب] يوثق به ، أو كانوا يميلون [اليه](181) أمره أن يسكنها بين قوم صالحين ، ويسأل منهم(182) ويبني الامر على خبرهم كما قلنا ٠

[منع الزوج أقاربها من الدخول عليها]

[1256] قال :

واذا(183) أراد الرجل أن يمنع أمها ، أو أباها ، أو أحدا من أهلها من الدخول عليها(184) ، فله أن يمنعهم من الدخول في منزله ٠

لان المنزل ملكه ، فله أن يمنع من دخوله من أحب ٠

وهذا لانهم متى دخلوا منزله يتكلمون على ما هو مرادها ، فيؤدي الى الاضرار بالزوج ٠

وكذا يمنعها من الخروج الى بيت الابوين ٠

---

(179) ف : ذكروا منه ٠

(180) س : منعته ٠

(181) الزيادة من س ٠ وفي ل : يميلون معه ٠

(182) س : عنهم ٠

(183) ل : ولو اراد ٠

(184) من قوله : (عن ذلك ومنعه من التعدي عليها وان ذكروا انه لا يؤذيها ٠٠) في اخر المسألة السابقة الى هنا ليس في فجم ٠

لما قلنا •

لكن لا يمنعهم من النظر اليها ، ومن تعاهدها ، والتكلم معها ، فيقومون على باب الدار والمرأة داخله •

لانه لو منعهم كان[185] هذا قطيعة الرحم ، وقاطع الرحم ملعون •

وهذا في حق الابوين وذي رحم محرم ، ومن لا يتهمه الزوج •

أما اذا لم يكن محرما . ويتهمه الزوج ، فله أن يمنعه[186] من النظر اليها •

[١٢٥٧] قال :

وكذلك ان كان لها ولد من غيره ، لم يكن له أن يمنعها ، ولا يمنعهم من أن ينظر بعضهم الى بعض •

لما قلنا من المعنى •

هكذا ذكر الخصاف ههنا وفي كتاب[187] النفقات •

وروي عن ابي يوسف : أن الزوج لايملك أن يمنع الابوين من الدخول عليها للزيارة في كل شهر مرتين ، وانما يمنعهما[188] من الكينونة •

---

(١٨٥) س : لكان حملا على قطيعة الرحم

(١٨٦) ك : أن يمنعهم

(١٨٧) س : وحكى في كتاب النفقات •

(١٨٨) هـ : يمنعهم •

وذكر[١٨٩] عن ابي بكر الاسكاف في[١٩٠] في الفتاوى المنسوب الى الفقيه ابي الليث بأنه لايمنع الابوين من الدخول عليها للزيارة في كل جمعة ، وانما يمنعهما من الكينونة ٠

لان الزيارة في كل جمعة هي الزيارة المعتادة[١٩١] ٠

وهذا لان معنى التكلم معها على ماهو مرادها انما يحصل بالكينونة لا بالزيارة ٠

وعليه الفتوى ٠

وأما غير الابوين من المحارم فقد ذكر الخصاف ههنا وفي النفقات : أنه يمنعهم من الدخول عليها ، لكن لا يمنعهم من [٢٧٦ أ] النظر اليها ٠

وذكر عن أبي بكر الاسكاف في فتاوى[١٩٢] الفقيه أبي الليث : أن للزوج أن يغلق الباب عليها من الزوار غير الابوين٠

وقال محمد بن مقاتل الرازي[١٩٣] :

لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر ٠

---

(١٨٩) ب : وروى ٠

(١٩٠) ك : وفي (بزيادة واو)

(١٩١) من قوله : (شهر مرتين وانما يمنعهما من الكينونه ٠٠) الى هنا ليس في ف ج م

(١٩٢) ب : في الفتاوى المنسوب الى الفقيه ٠

(١٩٣) محمد بن مقاتل الرازي (أبو بكر) الحنفي من اصحاب محمد بن الحسن الشيباني ، ولي القضاء في الري ، وهو من طبقة سليمان بن شعيب وعلي ابن معبد ، روى عن ابى المطيع قال الذهبي : حدث عن وكيع وطبقته ، وروى عنه أبو عثمان سعيد بن اسماعيل بن سعيد بن منصور الواعظ الحيري كما ←

وقال مشايخ بلخ : في كل سنة ٠

وعليه الفتوى ٠

وكذا[١٩٤] اذا ارادت ان تخرج الى زيارة المحارم ، نحو الخالة[١٩٥] والعمة ، هل للزوج أن يمنعها من الخروج لهذه الزيارة ؟ فهو على هذا ٠

[نفقة المريضة]

[١٢٥٨] قال :

وان مرضت امرأة رجل مرضا لا يقدر معه على جماعها فلها عليه النفقة ٠

وهذا استحسان[١٩٦] ٠

والقياس أن لا تكون[١٩٧] عليه النفقة ٠

ذكر ابن خلكان ٠ توفي سنة ٢٤٢هـ وله كتاب المدعي والمدعى عليه انظر الجواهر المضية : ٢/١٣٤ رقم ٤١١ ، هدية العارفين ٠ ٢/١٣ ، كشف الظنون : ٢/١٤٥٧ ، وفيات الاعيان ـ بتحقيق احسان عباس ـ ضمن ترجمة سعيد الحيري ٢/٣٦٩ رقم ٢٦٠ ، لسان الميزان : ٧/١٦ رقم ١٢٩ في الكنى الكامل لابن الاثير ـ دار صادر ـ ٧/٨٢ في حوادث سنة ٢٤٢ ، الفوائد : ٢٠١ طبقات ابن الحنائي الورقة ١٢ ب ، طبقات الفقهاء المنسوب الى طاش كبرى زادة : ص ٤٠ ، معجم المؤلفين ١٢/٤٥ ٠

(١٩٤) ك : وكذلك هذا اذا ارادت ٠

(١٩٥) س : كالعمة والخاله للزوج منعها من الخروج لهذه الزيارة فهو على الاختلاف ٠

(١٩٦) قوله : (وهذا استحسان) ليس في ل ٠

(١٩٧) ب : أن لايكون لها عليه النفقة ٠

وجه القياس : ان سبب استحقاق النفقة القيام عليها ، وقد اختل معنى القيام عليها ٠

وللاستحسان وجهان :

احدهما : انه لا يحسن في المروءة[198] أن ينفق عليها في حالة الصحة ، ويمتنع من الانفاق في حالة المرض ٠

والثاني : ان معنى القيام عليها يتحقق ، فانه ينظر في جمالها[199] ، ويمسها ، ويستأنس بها ، وهي تحفظ بيته ٠

هذا اذا مرضت في منزل[200] الزوج ٠

اما اذا زفت اليه وهي مريضة . فلم يذكر هذا في الكتاب ، وينبغي أن تستحق النفقة لما ذكرنا من الوجهين ٠

وعن ابي يوسف رحمه الله انه قال :

لا تستحق النفقة ٠

وفرق[201] بين ما اذا زفت اليه وهي صحيحة ثم مرضت ، وبين ما اذا زفت اليه وهي مريضة ٠

قال أبو يوسف رحمه الله :

آخذ في هذا ــ يعني اذا زفت وهي صحيحة ثم مرضت ــ بالاستحسان ، وفي الاول بالقياس[202] ٠

---

(١٩٨) ب : لا يحسن في المودة ٠

(١٩٩) هـ ب ف : في حالها ٠ ل : ينظر جمالها ٠

(٢٠٠) ب ص هـ ف ل : في بيت الزوج ٠ وما انبتناه عن س ك

(٢٠١) ف : وفرق بينهما ٠

(٢٠٢) س : وفيما اذا زفت اليه وهي مريضة بالقياس ٠

[نفقة الرتقاء]

[١٢٥٩] قال :

وكذلك الرتقاء لها على زوجها النفقة ٠

لان معنى القيام يتحقق على[٢٠٣] الرتقاء ٠

[التفريق بين الزوجين بسبب الاعسار]

[١٢٦٠] قال :

وان كان الرجل معسرا لا يقدر على النفقة على امرأته لم يفرق بينه وبينها ، وهي امرأته على حالها ٠

وهذا مذهبنا ٠

وعند الشافعي [٢٧٦ ب] يفرق ٠

وهي مسألة معروفة ٠

[١٢٦١] قال :

فان سألت القاضي ان يفرض لها عليه [نفقة][٢٠٤] فقالت: أستدين عليه[٢٠٥] الى أن يجد[٢٠٦] ما يعطيني ، فذلك لها ، ويفرض القاضي لها عليه نفقة في كل شهر . ويأمرها ان تستدين عليه ، فاذا أيسر أخذ ما عليه ٠

---

(٢٠٣) س : يتحقق عليها ٠ ل : محقق على الرتقاء ٠

(٢٠٤) الزيادة من س ف هـ ب ٠ وفي ل : لها عليه النفقة وقالت

(٢٠٥) ف : عليها ٠ وقد سقطت من هـ

(٢٠٦) هـ : يجد الي ما يعطيني ٠

أما الفرض : فلأن[٢٠٧] الواجب على الزوج [لهـا][٢٠٨] الامساك بالمعروف وهو النفقة والكسوة . فمتى عجز[٢٠٩] كان الامساك بالمعروف في الالتزام[٢١٠] في الذمه ٠

واما الرجوع : فلأن النفقة صارت دينا عليه بقضاء القاضي ٠

[١٢٦٢] قال :

وكذلك ان لم يأمرها القاضي أن تستدين عليه ، فاستدانت هي . وقد فرض[٢١١] لها القاضي عليه نفقة ، فانها تأخذه بتلك النفقة منذ يوم فرض لها القاضي ٠

وكذلك لو لم تستدن عليه ، لكنها انفقت من عندها ، كان لها أن تأخذه بتلك النفقة ٠

وكذلك لو غاب[٢١٢] ، أو حبس بعد ما فرض القاضي لها، كان لها أن تأخذه[٢١٣] بنفقة ما مضى ٠

لان النفقة صارت دينا بقضاء القاضي ٠

قال[٢١٤] الحاكم[٢١٥] في المختصر :

---

(٢٠٧) ك ف : لان ٠ س : فان

(٢٠٨) الزيادة من س هـ ب ل ص ٠

(٢٠٩) ب : فمتى عجز عن ذلك

(٢١٠) س : فالوجوب في الذمة ٠ ل : بالالتزام

(٢١١) ل : وقد فرض القاضي عليه النفقة ٠

(٢١٢) ل : غاب منها ٠ ص : غاب عنها ٠

(٢١٣) ب : تأخذ نفقة ما مضى ٠

(٢١٤) ص ك : فان الحاكم ٠

(٢١٥) ب : قال الحاكم ابو الفضل في المختصر ٠

يحتمل أن يكون الامر بالاستدانة عليه ، أن الزوج ان مات بعدما استدانت عليه بأمر القاضي وانفقت[216] لم يبطل[217] الرجوع بذلك الدين في ماله . كما[218] تبطل النفقة المقضي بها من غير أمر بالاستدانة اذا[219] مات بعد وجوبها .

[المصالحة عن النفقة على شيء معلوم]

[1263] قال :

وكذلك لو كان الزوج هو الذي صالحها عن النفقة على شيء معلوم ، وفرض [لها][220] ذلك ثم غاب عنها ، فانفقت بدين أو غيره ، فانها[221] ترجع عليه بنفقة ما مضى ما دام حيا .

لان لهما[222] ولاية على انفسهما ، فصار اتفاقهما بمنزلة قضاء القاضي .

[هل ترجع المرأة بنفقتها على مال الزوج بعد وفاته ؟]

[1264] [قال][223] .

فان مات الزوج بعد ما فرض لها القاضي النفقة عليه بأشهر[224] ، ولم يك اعطاها شيئا من النفقة ، وقد كانت

---

(216) ب : وانفقته .

(217) ل : ما يبطل

(218) ف ك : ولا تبطل .

(219) ص : ان مات

(220) الزيادة من ل .

(221) ف : فانها ترجع عليه فان مات الزوج بنفقة (بزيادة جملة فان مات الزوج ولعله سهو) .

(222) ل : لان لها ولاية على نفسها فصار اتفاقها بمنزلة .

(223) الزيادة من ب .

(224) ك ف هـ : لاشهر .

استدانت فانفقت[٢٢٤] أو لم تستدن [٢٧٧ أ] فانفقت لم ترجع في مال الزوج ، ولم ترجع ورثتها على الزوج[٢٢٥] ٠

لان النفقة المقضي بها تبطل بموت احدهما ٠

[المصالحة على مال لا يكفي]

[١٢٦٥] قال :

ولو صالحت امرأة زوجها على نفقة لا تكفيها ، ثم رافعته بعد ذلك الى القاضي ، فان القاضي يزيدها في النفقة حتى يبلغ بها[٢٢٦] ما يكفيها ، ويبطل ذلك [الصلح] ٠

لان صلح المرأة يعتبر بفرض القاضي ٠ ولو فرض القاضي على الزوج نفقة لا تكفيها ، كان لها أن تطالب الزوج بمقدار كفايتها ، فكذا اذا صالحت الزوج على نفقة لا تكفيها ٠

فان قيل : ليس للقاضي[٢٢٧] ولاية اسقاط حقها ، فلا يصح ، أما [هي فان][٢٢٨] لها ولاية [اسقاط حقها][٢٢٩] فينبغي أن يصح ٠

قيل له : نعم لها ولاية ، لكنها اسقطت قبل وجود سببها[٢٣٠] فان سببها انما هو القيام عليها وأنه يوجد شيئا فشيئا ٠

---

(٢٢٤) ص : وقد كانت استدانت فانفقت لم ترجع (بسقوط جملة او لم تستدن فانفقت) ٠

(٢٢٥) ب : على مال الزوج ٠

(٢٢٦) هـ ب : الى ما يكفيها ٠

(٢٢٧) ف هـ ل : القاضي ليس له ولاية ٠

(٢٢٨) الزيادة من ل ٠

(٢٢٩) الزيادة من ل ٠

(٢٣٠) هـ : قبل وجود سبب وجوبها فان سببها ٠٠

[١٢٦٦] قال :

وكذلك لو فرض لها عليه القاضي نفقة وهو معسر ، ثم أيسر بعد ذلك ، زادها القاضي على تلك المريضة ، حتى يبلغ بها ما يفرض على مثله في حالة اليسار الذي صار اليه ٠

لان التقدير من القاضي باعتبار حاله ، وهو العسرة[٢٣١] ، وقد زالت تلك الحالة ، فيزول[٢٣٢] ذلك التقدير ٠

[امتناع الزوجة ان تتحول مع زوجها]

[١٢٦٧] قال :

وان أبت المرأة أن تتحول مع زوجها الى منزله ، وأراد الزوج أن يخرجها الى بلد من البلدان ، فامتنعت من ذلك ، فلا نفقة لها ، ان كان[٢٣٣] قد اعطاها مهرها ٠

لانها مبطلة في هذا المنع ٠

[وان كان لم يعطها مهرها فأبت أن تجيب الى ما اراد ، فلها عليه النفقة ٠

لانها محقة في هذا المنع][٢٣٤] ٠

هذا اذا لم يدخل بها الزوج ٠
فان دخل بها فكذلك الجواب في قول أبي حنيفة رحمه الله ٠
وفي قولهما : لا نفقة لها في الوجهين جميعا ٠

---

(٢٣١) س : وهو معسر ٠
(٢٣٢) ك ف : فيزيد ٠
(٢٣٣) ب : ان كانت ٠
(٢٣٤) ما بين القوسين سقط من الاصل ك ومن ص ٠

ويدخل[٢٣٥] على هذه المسألة ايضا قول أبي القاسم الصفار ٠ والمسألة مرت من قبل ٠

[هل يبيع القاضي عروض الزوج وعقاراته بسبب النفقة]

[١٢٦٨] قال :

وكل امرأة قضى لها على زوجها بالنفقة فان كان [٢٧٧ ب] معسرا ، لا يقدر على اعطائها ذلك وهو حاضر أو حبسه القاضي بنفقتها أو بمهرها ، فانها تؤمر[٢٣٦] أن تستدين عليه ، ويلزم الزوج ذلك ٠

لما قلنا من قبل ٠

وان كان له مال حاضر ادى اليها[٢٣٧] القاضي من ذلك نفقتها ٠

يريد به اذا كان المال دراهم او دنانير ؛ لانها ظفرت بجنس حقها ، ومن ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذ[٢٣٨] بغير أمر القاضي[٢٣٩] ، فكان للقاضي أن يعين على ذلك كما في سائر الدعاوى ٠

---

(٢٣٥) س : قال ويدخل على هذه ٠٠

(٢٣٦) س هـ ك : فانه يؤمر ٠

(٢٣٧) ك : اليه ٠

(٢٣٨) ص : يأخذ حقه ٠

(٢٣٩) من قوله : (هذا اذا لم يدخل بها الزوج فان دخل بها فكذلك الجواب في قول ابى حنيفة ٠٠) الى هنا ليس في فحم ٠

وان كان ماله عروضا أو عقارا لم يبع القاضي عليه [ذلك] [240] في النفقة ، ولا في الدين في قول أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا [241] : يبيع القاضي عروضه وعقاره في الدين والنفقة .

ذكر قولهما في العروض ههنا ، وفي العقار وجميع الاموال في باب الحبس ، وقد مرت [242] في باب الحبس .

[مدة الحبس في النفقة]

[١٢٦٩] قال :

وليس للحبس عندنا وقت [243] ، وهو الابد أو يؤدي المال ، الا أن يكون معدما .

لانه اذا لم يكن معدما كان ظالما في الامتناع من الايفاء ، فتجب ادامته في الحبس ، حتى يوفي .

أما اذا كان معدما [244] فقد استحق النظر الى الميسرة بالنص ، فلا يجوز حبسه .

---

(٢٤٠) الزيادة من ل .

(٢٤١) هـ ل س : وقال ابو يوسف ومحمد .

(٢٤٢) ب : والمسألة مرت .

(٢٤٣) س : وقت وهو على الابد أو يؤدي المال . هـ : وقت وهو لابد أن يؤدي المال . ص ف ج م : وقت ولهذا لابد أن يؤدي المال ، وما اثبتناه عن ب ك ل .

(٢٤٤) ب : اما اذا كان معسرا .

[الحرائر والاماء والذميات سواء في النفقة]

[١٢٧٠] قال :

واذا كان للرجل نسوة بعضهن حرائر مسلمات ، وبعضهن اماء ، أو ذميات ، فهن في النفقة سواء ، على التفسير الذي فسرنا[٢٤٥] .

لان النفقة تجب كفاية للمرأة ، بسبب قيام الزوج عليها ، وكفاية[٢٤٦] الذمية ، وكفاية المسلمة ، وكفاية الامة ، وكفاية الحرة على السواء .

فصارت النفقة نظير المهر .

وهما في المهر سواء . فكذا في النفقة . الا ان الحرة تستحق نفقة خادمها ، والامة لا .

لان الحرة تستخدم الامة ، والامة خادمته[٢٤٧] في نفسها ، فلا تستحق نفقة [٢٧٨ أ] الخادم .

[الاختلاف في مسألة اليسار والعسرة]

[١٢٧١] قال :

وان اختلفت المرأة والزوج ، فقال الزوج : أنا فقير . وقالت المرأة : هو موسر ، فالقول قول الزوج ، وتفرض عليه النفقة على حالة[٢٤٨] الاعسار .

---

(٢٤٥) س : فسره .

(٢٤٦) س : وكفاية الحرة والامة والذمية فصارت .

(٢٤٧) س : والامة تخدم نفسها . هـ ف ج : خادمة في نفسها . ل : خادمها نفسها وما اثبتناه عن الاصل ك .

(٢٤٨) ص : في حالة الاعسار

لانه متمسك بالاصل ؛ فان العسرة أصل ، واليسار عارض، ولم يقم على هذا العارض دليل ، فكان القول قول من تمسك بالاصل ·

وقد مرت[٢٤٩] المسالة على الاستقصاء[٢٥٠] في باب الحبس·

[١٢٧٢] قال :

وان أقامت المرأة البينة أنه موسر ، وأقام الزوج البينة أنه معسر[٢٥١] ، فالبينة بينة المرأة ·

لانها تثبت[٢٥٢] أمرا عارضا ، وأنه غير ثابت أصلا ·

وبينة الزوج تثبت أمرا اصليا ، وانه ثابت ظاهرا[٢٥٣] ، فكانت بينتها أكثر اثباتا ·

[الكفالة في النفقة]

[١٢٧٣] قال :

ولو كفل لها رجل بنفقتها ، فقال : قد ضمنت عنه نفقتك كل شهر ، لم يكن على الكفيل الا نفقة شهر واحد ·

لان كلمة « كل » متى اضيفت[٢٥٤] الى ما لا يعرف منتهاه ينصرف الا الادنى ، وهو شهر واحد[٢٥٥] ·

---

(٢٤٩) س : وقد عرف المسألة على الاستقصاء · وتعرف المسألة في كتاب الحبس ·
(٢٥٠) ب : على سبيل الاستقصاء ·
(٢٥١) ص ل : معسر فقير ·
(٢٥٢) هـ : اثبتت ·
(٢٥٣) س : اصلا ظاهرا ·
(٢٥٤) ب : اذا اضيفت
(٢٥٥) قوله : (لان كلمة كل متى اضيفت ···) الى هنا ليس في هـ ·

[١٢٧٤] قال :(٢٥٦)

وان قال : قد ضمنت عنك نفقتك سنة . فهو كما ضمن ، وعليه نفقة سنة •

[١٢٧٥] قال :

وان قال :(٢٥٧) ضمنت لك أبدا عنه نفقتك ، لزمه ذلك ، وتجب عليه نفقتها ، مادام النكاح بينهما •

لان المراد من الابد ما داما(٢٥٨) على النكاح •

وقد مر هذا في باب الرجل يغيب عن امرأته فتطلب(٢٥٩) النفقة •

[كسوة المرأة في اليسار والاعسار]

[١٢٧٦] قال :

وأما الكسوة(٢٦٠) فان القاضي يفرض للمرأة على زوجها أن كان فقيرا قميصا ، ومقنعة ، وملحفة ، على قدر ما يحتمله(٢٦١) مثله • وان كان موسرا فرض لها اجود من ذلك ما يحتملـــه مثله(٢٦٢) أيضا •

---

(٢٥٦) سقطت هذه المسألة من فجم •

(٢٥٧) س : وكذلك لو قال ضمنت • ب : وكذلك ان قال قد ضمنت

(٢٥٨) س : مادام النكاح قائما بينهما • ل : ما دام النكاح وقد ••

(٢٥٩) ف ك : فتبطل

(٢٦٠) قوله : (واما الكسوة) ليس في ص •

(٢٦١) ص : يحتمل •

(٢٦٢) العبارة (وان كان موسرا فرض لها اجود من ذلك ما يحتمله مثله) ليست في هـ •

لان الكسوة مثل النفقة · ثم في النفقة يعتبر الرجل . فكذا في الكسوة ·

وهذا اشارة الى انه يعتبر(٢٦٣) حاله في الكسوة ·

وقد مر هذا من قبل ·

[١٢٧٧] قال :

وهذا لها في الصيف ، [٢٧٨ ب] واما في الشتاء فانه يفرض لها مع ذلك جبة وسراويل على قدر يساره واعساره(٢٦٤) ·

لم يذكر صاحب الكتاب في جملة كسوة الصيف السراويل ، وذكر في جملة كسوة الشتاء ·

ومحمد رحمه الله لم يذكر في المبسوط اصلا ·

وقد مر هذا الوجه في هذا من قبل ·

[١٢٧٨] قال :

فان طلبت لحافا في الشتاء ، أو قطيفة ، ان(٢٦٥) لم يكن يحتمل لحافا ، فطلبت فراشا تنام عليه ، الزمه القاضي من ذلك بما يلزم(٢٦٦) مثله ·

لان النوم على الارض ربما يؤذيها ، ويمرضها(٢٦٧) ، وهو منهى عن ألحاق [الاذى و](٢٦٨) الضرر بها ·

---

(٢٦٣) س : يعتبر في الكسوة بحال الرجل ·

(٢٦٤) س : وقدر عسره · ص هـ ل : يساره وعسره · ب : وعسرته ·

(٢٦٥) هـ · ان لم يحتمل ·

(٢٦٦) س : ما يلزم · هـ ص : ما يلزمه ·

(٢٦٧) س : ويضربها ·

(٢٦٨) الزيادة من حاشية ك ومن س هـ ص · وفي ف ل ب ج : عن الحاق الضرر والاذى بها ·

[دعوى هلاك الكسوة]

[١٢٧٩] قال

وان اعطاها كسوة فهلكت ، أو سرقت منها ، أو خرقتها[٢٦٩] قبل الوقت ، فليس عليه أن يكسوها حتى يمضي الوقت الذي[٢٧٠] [تبقى][٢٧١] اليه الكسوة ٠

وأصل[٢٧٢] هذه المسائل أن القاضي متى يتبين له الخطأ في قضائه يرده ، ومتى لم يتبين يمضه ، فنقول : اذا هلكت الكسوة أو سرقت لم يتبين خطؤه فيمضيه ، ولا يقضي بكسوة[٢٧٣] أخرى ، وان تتخرق[٢٧٤] بخرق استعمالها ، بل تخرقت بالاستعمال المعتاد [بين الناس][٢٧٥] تبين الخطأ ٠

لانه وقت وقتا لا تبقى الكسوة اليه[٢٧٦] ، فيرده ويقضي لها كسوة أخرى [ويعتبر المعتاد][٢٧٧] ٠

وكذا الجواب على التفاصيل[٢٧٨] في النفقة اذا ضاعت ، أو

---

(٢٦٩) س : مزقتها

(٢٧٠) س ل ب : الذي لا تبقى الكسوة ٠

(٢٧١) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن سائر النسخ ٠

(٢٧٢) ك ف ج م : قال وأصل هذه المسائل ٠٠

(٢٧٣) ب : الكسوة الاخرى تلك المدة ٠

(٢٧٤) هـ ف : وان تتمزق ٠ ب : وان تخرقت ٠

(٢٧٥) الزيادة من س ٠

(٢٧٦) هـ ص ف ل : لاتبقى الكسوة الى ذلك الوقت ٠ س : لاتبقى الكسوة اليه ضرورة ويقضي ٠

(٢٧٧) الزيادة من س ٠

(٢٧٨) ب س : في هذه التفاصيل ٠ ل : على هذه التفاصيل ٠

سرقت ، أو أكلت[(٢٧٩)] ، أو لم تسرق •

فرق بين نفقة الزوجات ، وبين نفقة المحارم ، اذا فــرض للمحارم النفقة فضاعت من يدهم ، فانه يفرض مرة أخرى •

والفرق : أن نفقة المحارم انما تجب بسبب الحاجة ، والحاجة بعد ضياع النفقة قائمة باقية ، أما نفقة المرأة [فانها][(٢٨٠)] لا تجب بسبب الحاجة ، ولهذا تجب وان كانت موسرة ، فجاز أن لا تفرض [٢٧٩ أ] ، وان بقيت[(٢٨١)] الحاجة •

[بقاء الكسوة قائمة بعد مضي الوقت]

[١٢٨٠] قال :

واما مضي الوقت والكسوة قائمة ، فهذا على وجهين :

أما أن[(٢٨٢)] لم تستعمل تلك الكسوة •

او استعملت •

فان لم تستعمل حتى مضى الوقت يفرض لها كسوة اخرى •

وان استعملت ، فهذا على وجهين :

اما ان استعملت معها كسوة أخرى

أو لم تستعمل •

ففي الوجه الاول يفرض لها كسوة اخرى •

---

(٢٧٩) هـ ك ل : أو أكلت واسرفت (كذا) او لم تسرف • وهـو تصحيف •

(٢٨٠) الزيادة من ل •

(٢٨١) ف : لو بقيت الحاجة •

(٢٨٢) ف : أما ان تستعمل تلك الكسرة او لم تستعمل حتى يمضي الوقت يفرض ••

وفي الوجه الثاني : لايفرض : لانه[٢٨٣] ظهر خطأ القاضي ، لانه وقت وقتا تبقى[٢٨٤] الكسوة وراء ذلك الوقت ، فيرده ، ولا يمضيه ، ولا[٢٨٥] يقضي لها بكسوة أخرى •

[موت المرأة ومال النفقة قائم او مستهلك]

[١٢٨١] قال :

وان فرض لها نفقة وكسوة ، واعطى الزوج ذلك لسنة ، أو أكثر ، أو اقل ، فماتت المرأة في بعض السنة ، وذلك قائم ، او مستهلك استهلكته . فما كان لما مضى كان ميراثا لورثتها ان كان قائما ولا يصير دينا ان كان مستهلكا . وما بقي في الوقت فكذلك[٢٨٦] في قول أبي يوسف رحمه الله •

وقال محمد : يرد على الزوج ان كان قائما ، ويصير دينا[٢٨٧] في مالها ان كان مستهلكا •

محمد يقول : سبب استحقاق الكسوة والنفقة القيام عليها ، أنه يتجدد ساعة فساعة ، فاذا[٢٨٨] ماتت بطل السبب ، فيمتنع الوجوب فوجب الرد بحساب ما بقي من الوقت كالمستأجر اذا عجل الاجرة ثم مات احدهما •

---

(٢٨٣) ب : لانه تبين خطأ القاضي •

(٢٨٤) س : تبقى الكسوه بعد مضيه فيرده •

(٢٨٥) ف : ولا تبقى كسوة اخرى •

(٢٨٦) س : وكذلك فيما روى ابو يوسف •

(٢٨٧) س : ويصير دينا في ذمته ان كان مستهلكا •

(٢٨٨) ل : فاما اذا ماتت •

وأبو يوسف يقول : الكسوة والنفقة صلة ، والصلات لاتصير دينا • ألا ترى انها لو لم تأخذ من الزوج حتى مضى الوقت لايصير دينا [في الذمة][289] على الزوج . فكذا لا يصير دينا عليها • وبهذا فارق الاجرة ، فانها عوض[290] •

[لا يقضي بالنفقة على الغائب الا للزوجة والوالدين والولد]

[1282] [قال][291] :

ولا يقضي بالنفقة في مال أحد ممن تجب عليه النفقة اذا كان رب المال غائبا ما خلا الوالدين والولد والزوجة ، فأنا[292] اقضي بالنفقة لهؤلاء في مال الغائب ، ولا اقضي لمن سواهم •

[لان][293] لهؤلاء أن يأخذوا [279 ب] [من ماله][294] النفقة متى ظفروا بجنس حقوقهم من غير قضاء ، فكان القضاء اعانة لهم على حقوقهم لا قضاء على الحقيقة •

فأما من عداهم [فانهم][295] لا يستحقون النفقة الا بالقضاء فكان هذا قضاء على الغائب ، وليس للقاضي ولاية القضاء على الغائب •

---

(289) الزيادة من س •

(290) هـ : عرض ذلك •

(291) الزيادة من ل ب •

(292) س : فاني • ف : فانها

(293) الزيادة من س هـ ص ب •

(294) الزيادة من س هـ •

(295) الزيادة من ل ب •

[اعطاء الزكاة لمستحق النفقة]

[١٢٨٣] قال :

ولو أعطى من زكاة ماله جميع ذوي الرحم المحرم الذين تجب[٢٩٦] عليه النفقة عليهم أجزأه ذلك ماخلا الوالدين والولد[٢٩٧] .

فان قيل : وجب أن لا تجزيه لان له في اعطاء الزكاة لهم[٢٩٨] نوع منفعة ، لانه اذا اعطاهم الزكاة يستغنون فلا يستحقون النفقة عليه فلا يجبر هو على نفقتهم[٢٩٩] . قيل له : نعم ، لكن هذه منفعة حصلت تابعة ، لا مقصودة ، فلا يمتنع[٣٠٠] اعطاء الزكاة ، كمن دفع زكاة ماله الى غريمه [يجوز][٣٠١] ، وان حصل له نوع منفعة ، فانه يصير[٣٠٢] موسرا ، فيجبر[٣٠٣] على قضاء دينه ، ومع ذلك جاز .

[١٢٨٤] قال :

وقال أبو حنيفة رحمه الله : ان اعطت زوجها من زكاتها لم يجزئها . وقالا[٣٠٤] : يجزى[٣٠٥] .

---

(٢٩٦) س ف هـ ب : يجبر على النفقة .

(٢٩٧) ب : ما خلا الوالدين والولد والزوجة .

(٢٩٨) ل : في اعطاء الزكاة اليهم .

(٢٩٩) ب : فلا يجبر هؤلاء على نفقتهم . س : فلا يجبر هو على نفقتهم قبل الدفع لكن هذه منفعة ..

(٣٠٠) هـ ل : فلا يمنع .

(٣٠١) الزيادة من س هـ ل ص ب . وفي ل : حيث يجوز .

(٣٠٢) س : يصير بها غنيا موسرا .

(٣٠٣) ب : فيجب عليه قضاء دينه .

(٣٠٤) س هـ ل : وقال ابو يوسف ومحمد

(٣٠٥) س هـ : يجزئها . ل : يجوز

وحق المسألة المبسوط[٣٠٦] .

ثم فرقا[٣٠٧] بين هذا وبين ذوي الرحم المحرم ، فان في ذوي الرحم المحرم ماعدا الوالدين والولد اذا اعطاهم الزكاة سقطت[٣٠٨] عنه نفقتهم ما بقي شيء من الزكاة في يدهم ، [وههنا لا تسقط عنه نفقتها وان بقى من الزكاة في يدها][٣٠٩] .

والفرق : ان سبب الاستحقاق في ذي الرحم المحرم الحاجة ، وبأخذ الزكاة استغنى فلا يستحق[٣١٠] .

واما سبب استحقاق المرأة فالقيام عليها ، وهذا السبب موجود وان استغنت .

[بيع الاب مال ولده الكبير للنفقة]

[١٢٨٥] قال :

واذا باع الوالد من مال ولده الكبير وهو غائب لحاجة النفقة فهذا على وجهين :

أما أن يكون المال عقارا .

أو[٣١١] منقولا ، كالعبد وغير ذلك .

فان كان عقارا لا يجوز بيعه بالاجماع .

وان كان منقولا قال أبو حنيفة رحمه الله : [٢٨٠ أ] يجوز .

---

(٣٠٦) ف : والمسالة في المبسوط . هـ : وحق المسالة كتاب المبسوط

(٣٠٧) س : ثم فرق ابو حنيفة وابو يوسف . ل هـ ب : فرق ابو يوسف ومحمد بين هذه المسالة وبين ...

(٣٠٨) ب : فتسقط عنه نفقتهم .

(٣٠٩) الزيادة من ب

(٣١٠) ل : فلا يستحق النفقة . س : استغنوا فلا يستحقون .

(٣١١) ب : او يكون منقولا .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لايجوز ٠

واجمعوا ان بيع الاب المنقول لحاجة النفقة حال حضرة الابن لا يجوز ٠

واجمعوا أن بيع غير الاب من الاقارب نحو الام وغير ذلك العقار والمنقول حال حضرة الابن وغيبته لحاجة النفقة لا يجوز ٠

وقد ذكرنا هذه المسألة على الاستقصاء في كتاب المفقود [٣١٢] ٠

[انفاق الوالدين من مال ولدهما وهو في ايديهما]

[١٢٨٦] قال :

ولو كان [في يد] الوالدين [٣١٣] مال لولدهما ، فانفقا منه وهما محتاجان لم اضمنهما ذلك ٠

يريد به اذا كان في ايديهما دراهم او دنانير ٠

لانهما ظفرا بجنس حقهما ، فكان لهما أن يأخذا ولا يضمنان ٠

[انفاق الوالدين من مال ولدهما وهو في يد اجنبي]

[١٢٨٧] قال :

واذا كان المال في يد اجنبي فاعطاهما من ذلك ، فهذا على وجهين ٠

أما ان اعطاهما من غير قضاء القاضي ٠

أو بقضاء القاضي ٠

ففي الوجه الاول يضمن ٠

---

(٣١٢) قوله : (وقد ذكرنا هذه المسألة على الاستقصاء في كتاب المفقود) ليس في ب ٠

(٣١٣) هـ : ولو كان للوالدين في ايديهما مال ٠ ف ل : ولو كان الوالدان ٠ ك : الوالدين ٠ والزيادة من سائر النسخ ٠

لان نفقتهما لاتكون أعلى[٣١٤] من دين واجب ، والمودع اذا قضى دين المودع بغير أمره ضمن ، فهذا أولى[٣١٥] • لكن اذا ضمن لا يرجع على القابض . لانه ملكه[٣١٦] بالضمان ، فتبين أنه دفع ملك[٣١٧] نفسه ، فكان متبرعا ، فلا يرجع عليه •

وفي الوجه الثاني : لا يضمن •

لانه[٣١٨] بأمر القاضي وجب عليه الدفع ، فاذا دفع لا يضمن •

[الحر والعبد والذمي في دعوى النفقة سواء]

[١٢٨٨] قال :

وأهل الاسلام ، وأهل الذمة ، والعبد اذا تزوج باذن مولاه في النفقة سواء •

لانهم سواء في سبب الاستحقاق ، وهو القيام عليها[٣١٩] •

[الامة مثل الحرة]

[١٢٨٩] قال :

والامة اذا زوجها مولاها حرا أو عبدا باذن مولاه ، ودفعها الى زوجها ، وبوأها بيتا [فهي][٣٢٠] في النفقة مثل الحرة •

---

(٣١٤) س : لا تكون أوفى •• ب : لاتكون له عليه من وجه واجب •
(٣١٥) ب : بغير امره ضمن هذا الولي (وهو تصحيف)
(٣١٦) هـ ف : ملك •
(٣١٧) س ف ك : دفع ملكه نفسه •
(٣١٨) س : لانه فعل بأمر القاضي •
(٣١٩) ب : وهو القيام (بسقوط لفظة عليها)
(٣٢٠) الزيادة من س •

لانها مثل الحرة[٣٢١] في سبب الاستحقاق [وهو القيام عليها][٣٢٢] ٠

[نفقة زوجة العبد حرة أو أمة واجتماع النفقات عليه]

[١٢٩٠] قال :

واذا تزوج العبد حرة باذن مولاه ، فانه يجبر على النفقة عليها ، [٢٨٠ ب] والنفقة دين في عنقه[٣٢٣] اذا فرض القاضي لها ذلك ٠

وكذلك اذا زوجه[٣٢٤] أمة قد بوأها[٣٢٥] المولى بيتا ٠

واذا اجتمعت النفقات عليه يباع في دين النفقة ، ويباع في دين المهر ايضا ٠

لان هذا دين وجب في ذمة العبد ، وظهر الوجوب[٣٢٦] في حق المولى ؛ لان السبب كان باذن المولى ، فيباع فيه كسائر الديون ٠

الا ان النفقة[٣٢٧] والمهر يفترقان في شيء [واحد][٣٢٨] وهو أنه اذا بيع في المهر [مرة][٣٢٩] ، وبقي شيء من المهر ، فان لم

---

(٣٢١) عبارة (لانها مثل الحرة) ليست في هـ ٠

(٣٢٢) الزيادة من س ٠

(٣٢٣) ب : دين في حقه ٠

(٣٢٤) ب : وكذلك اذا كانت زوجته أمة ٠

(٣٢٥) ص : فبوأها

(٣٢٦) ب : وظهر الواجب

(٣٢٧) ف : اما النفقة ٠

(٣٢٨) الزيادة من س هـ ف ج م

(٣٢٩) الزيادة من ب ف ج م س هـ ٠

يف[٣٣٠] الثمن بكل المهر[٣٣١] لايباع مرة أخرى • بل يتأخر الى ما بعد العتق ، واذا بيع في دين النفقة يباع مرة اخرى •

والفرق ان العبد انما يباع في جميع المهر ، والمهـــر[٣٣٢] جميعه واجب ، فاذا(٣٣٣) بيع في جميعه مرة لا يباع مرة اخرى ، وان بقي شيء من ذلك المهر •

فأما النفقة فانها انما تجب شيئا فشيئا ، فاذا بيع فانمـــا يباع[٣٣٤] فيما اجتمع عليه من النفقات وصارت واجبة •

واما فيما لم تجتمع ولم تصر واجبة[٣٣٥] فلا يتصور البيع فيه ، فاذا وجبت نفقة اخرى فهذا دين حادث ، لم يبع فيه العبد مرة[٣٣٦] ، فجاز بيعه [فيه][٣٣٧] •

ولو ولدت امرأته اولادا فهذا على وجهين :
أما ان تكون المرأة حرة أو أمة

ففي الوجه الاول نفقة الاولاد تكون[٣٣٨] على العبد ؛ لان الاولاد احرار تبعا للام ، والحر لا يستوجب النفقة على العبد ، الا الزوجة ، فانها تستحق النفقة ، وان كانت حرة •

---

(٣٣٠) هـ س : بان لم يف
(٣٣١) س : بأصل المهر •
(٣٣٢) ف : لان جميعه • هـ ك ل : فان جميعه •
(٣٣٣) ك : اذا • هـ : فاذا بيع في جميع المهر مرة •
(٣٣٤) قوله : (فانما يباع) ليس في هـ ف ج م •
(٣٣٥) س ف : ولم يصر واجبا
(٣٣٦) ص : لم يبع العبد فيه مرة اخرى • س : لم يبع فيه العبـــد فجـــاز •
(٣٣٧) الزيادة من س •
(٣٣٨) ف هـ ص ب : لا تكون

وفي الوجه الثاني : نفقة الاولاد على مولى الامة ، وان كانت نفقتها على الاب(٣٣٩) .

لان الاولاد تبع للام في الملك ، فتكون نفقة الاولاد على المالك

[نفقة من لا تطيق الجماع اذا زوجها اولياؤها]

[١٢٩١] قال :

واذا تزوج الرجل صبية زوجها(٣٤٠) أبوها أو ولي غير الاب ، فطالبوه بنفقتها ، فهذا على وجهين : [٢٨١ أ] .

أما أن تكون مثلها توطأ وتصلح للجماع . أو لاتطيق الجماع .

ففي الوجه الاول يفرض لها القاضي النفقة على الزوج .

وفي الوجه الثاني لا يفرض لها حتى تصير الى الحال التي تطيق بها الجماع .

واجمعوا على ان الزوج اذا كان صغيرا لا يطيق الجماع زوجه ابوه امرأة كبيرة . فطلبت النفقة . فان القاضي يفرض لها في مال(٣٤١) الصبي النفقة .

لان في المسألة الاولى المنع جاء من قبلها ، وفي المسألة الثانية المنع جاء من قبله ، فجعل كأن لا منع(٣٤٢) .

وقد مرت المسألة من قبل .

---

(٣٣٩) هـ ل : على الاب .
(٣٤٠) ف هـ : وزوجها .
(٣٤١) س : في مسألة الصبي .
(٣٤٢) س : لامانع .

وكذلك لو كانا صغيرين لا يطيقان الجماع فانه لا نفقة لها ٠

لان المنع جاء من قبلهما ، فلو جعل المنع من قبله كلا منع[٣٤٣] لا يتحقق سبب استحقاق النفقة ؛ لان المنع من قبلها قائم ٠

وكذا المجبوب[٣٤٤] لو تزوج صبية صغيرة لا تصلح للجماع، فطلب ابوها نفقتها منه لم يفرض لها [القاضي][٣٤٥] النفقة[٣٤٦] حتى تصير الى حال تطيق الجماع ، وان كان الزوج لا يكون منه الجماع ٠

لانها اذا بلغت هذا المبلغ كان المنع من قبله ، فجعل المنع كلا منع ٠ الا ترى[٣٤٧] ان الصبي الصغير الرضيع[٣٤٨] وفوقه ممن لايكون منه الجماع لو زوجه ابوه امرأة كبيرة او صبية يجامع مثلها ، فطلبت النفقة ، فرض لها القاضي النفقة في مال زوجها ، لان المنع جاء من قبله ، كذا هذا ٠

والله أعلم بالصواب

* * *

---

(٣٤٣) ف ج : كان منع ٠

(٣٤٤) س ك ص : المجنون ٠ وهو تصحيف

(٣٤٥) الزيادة من هـ ب ومن حاشية ف وفي ص : لم بفرض القاضي لها نفقة ٠

(٣٤٦) ف هـ ص : نفقة ٠

(٣٤٧) عبارة س : الا ترى ان الصبي الصغير الرضيع لو زوجه ابوه ممن لا يكون منه الجماع زوجه ابوه امرأة كبيرة او صبية صغيرة بجامع مثلها ٠

(٣٤٨) ف هـ : المرضع وفوقه ٠

الباب الحادي والتسعون

﴿ في نفقة المطلقة ﴾

[المطلقة تستحق النفقة في العدة]

[١٢٩٢] ذكر[١] [عن] ابراهيم النخعي رحمه الله أنه قال : نفقة المطلقة نصف صاع كل يوم ٠

في الحديث دليل على استحقاق[٢] نفقة المطلقة في حالة العدة ٠

والتقدير بنصف صاع ليس بتقدير لازم ، انما[٣] اللازم مقدار كفايتها ، لكن ربما كان مقدار الكفاية في زمن ابراهيم رحمه الله نصف صاع ٠

[١٢٩٣] ذكر عن ابراهيم رحمه الله انه قال :

قوت[٤] المطلقة نصف صاع كل يوم [٢٨١ب] بأدامها[٥] ٠ وانما قيد بالادام[٦] ، لانها ربما لا تقدر على أكل الخبز

---

(١) س : روى عن

(٢) ب : على استحقاق المطلقة النفقة ٠

(٣) ب ص : وانما ٠

(٤) س : قدر المطلقة ٠

(٥) حول وجوب الادام او عدم وجوبه انظر اراء الفقهاء في ذلك في المغني: ٩/٢٣٣ ، الشرح الكبير (على هامش المغني) : ٩/٢٣٣ أيضا ، الفتاوي الهندية : ١/٥٤٨ ، المحلى : ١٠/٩١ ، المبسوط : ٥/١٨٢ ٠

(٦) ب : الادام ٠

القفار[7] ، فتجوع ، فتتضرر ، والضرر منفي في الشرع[8] ·

[المطلقة اذا خرجت في العدة لا تستحق النفقة ولا السكنى]

[١٢٩٤] وذكر عن الضحاك انه قال :

اذا خرجت المطلقة في عدتها[9] فلا سكنى لها ولا نفقة[10] ·

وبهذا أخذ بعض العلماء رحمهم الله تعالى ·

وهذا عندنا ما دامت على النشوز ، فاذا عادت الى بيت الزوج كان لها النفقة والسكنى ، كما في حال قيام النكاح ·

[نفقة السكنى اذا كان الزوج معسرا]

[١٢٩٥] ذكر عن سعيد بن المسيب رحمه الله في امرأة طلقت وهي[11] في بيت بكراء ، فعلى[12] من يكون كراء البيت ؟

قال : على زوجها ·

لان الاسكان واجب على الزوج ، والمرأة تابعة للزوج في السكنى ·

قيل لسعيد بن المسيب : ليس عنده ·

قال : عليها ·

---

(٧) القفار : قال الرازي : القفار بالفتح الخبز بلا أدم ، يقال : اكل خبزه قفارا (مختار الصحاح : قفر : ٥٤٥) ·

(٨) س : منهى عنه شرعا · ل منفى عنه في الشرع · ص : منفي شرعا · ب : منفى في الشريعة · وما اثبتناه عن هـ ك ل ف ج م ·

(٩) ف ج ص : في العدة ·

(١٠) حول قول الضحاك اخرج عبدالرزاق ما يشبهه عن ابن المسيب وغيره (المصنف : ٢٦/٧ رقم ١٢٠٣٨) وانظر السنن الكبرى ٤٣٣/٧ ·

(١١) ف : وهي بكر (وهو تصحيف)

(١٢) ب هـ ص : فعلى من كراء البيت ·

قال : ليس عندها .

قال : فعلى الامير[١٣] .

معنى[١٤] قوله : ليس عنده ، يعني الزوج معسر ، لا يملك شيئا .

ومعنى قوله : عليها ، تؤمر أن تستدين ، وتؤدي الكراء ، فترجع به على الزوج اذا أيسر[١٥] كما في حال قيام النكاح .

ومعنى قوله : ليس عندها ، يعني المرأة معسرة .

ومعنى قوله : فعلى الامير[١٦] ، يعني على بيت المال ، لانهما[١٧] كانا معسرين ، واذا كانا معسرين كانت كفايتهما في بيت المال .

[هل للمطلقة ان تستعدي على مال زوجها الغائب]

[١٢٩٦] ذكر عن ابراهيم في الرجل يطلق امرأته وهو غائب فلا يعطيها[١٨] النفقة تستعدي على ماله ؟

---

(١٣) ب هـ س ص : فعلى الامين (وهو تصحيف) وفي ف : فعلى الاثنين (وهو تصحيف ايضا) وما اثبتناه عن الاصل ك وعن سائر النسخ . وخبر ان سعيد بن المسيب رحمه الله سئل في امرأة طلقت وهي في بيت بكراء فعلى من يكون كراء البيت ... الخ رواه عبدالرزاق عن ابن جريج ، عن يحيى بن سعيد ، قال : سئل ابن المسيب عن المرأة المتوفي عنها زوجها وهي في كراء ، من يعطى الكراء ؟ قال : زوجها . فان لم ، فالامير . (المصنف : ٧/٤٠ رقم ١٢٠٩٩) وقد ذكر محققه ان الخبر اخرجه سعيد (يعني ابن منصور) عن حماد بن زيد عن يحيى دون الجملة الاخيرة فلينظر ، وهاتان الروايتان في المرأة المتوفى عنها زوجها وليستا في المطلقة ، فليلاحظ ذلك .

(١٤) س : معناه ان الزوج معسر .

(١٥) ب : الا اذا أيسر .

(١٦) ص س هـ : فعلى الامين (وهو تصحيف)

(١٧) ص ب : لانهما لما كانا معسرين كان كفايتهما .

(١٨) ص : وهو غائب قال يعطيها نفقة فتستعدي على مال .

قال تعدى عليه ، فينفق[١٩] عليها . فان لم تطلب النفقة حتى تنقضي عدتها ، فلا نفقة[٢٠] لها كما في حال قيام النكاح .

فاما اذا فرض القاضي لها النفقة ، فلم تقبض حتى انقضت[٢١] عدتها[٢٢] ، فلم يذكر في الكتاب انه هل يقاس على الموت حتى تسقط ام لا ؟ .

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني ، رحمه الله ، في شرح هذا الكتاب : فيه كلام يذكر[٢٣] في غير هذا الموضع .

[المبتوتة لها السكنى والنفقه ما دامت في العدة]

[١٢٩٧] قال :

فاذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا[٢٤]، ثلاثا ، أو واحدة ، فلها السكنى والنفقة على زوجها ما دامت في العدة .

وهذا مذهبنا .

وقال الشافعي رحمه [٢٨٢أ] الله : لا نفقة لها .

والمسألة معروفة .

ثم ينظر : ان كانت المرأة من ذوات الحيض فعدتها[٢٥]

---

(١٩) هـ : فيقف عليها .
(٢٠) س : فلا نفقة لها عليه فينفق عليها كما في حال قيام النكاح .
(٢١) ك ل : حتى تنقضي عدتها .
(٢٢) من قوله : (فلا نفقة لها كما في حال قيام النكاح ..) الى هنا ليس في نسخة ص .
(٢٣) س : قد ذكر .
(٢٤) س : طلاقا بائنا أو واحدة . وقوله ، بائنا ، ليس في ف .
(٢٥) س : تنقضي عدتها .

تنقضي بثلاث حيض والقول قولها في العدة انها لم تنقض ، مع يمينها[٢٦] .

لانها أمينة في الاخبار . والقول قول الامين . فاذا اتهم الامين يستحلف[٢٧] .

[مدة النفقة]

[١٢٩٨] وان ادعت حبلا انفق عليها ما بينها وبين سنتين ، منذ يوم طلقها .

لان عدة الحامل تنقضي بوضع الحمل . والولد يبقى سنتين[٢٨] .

فان مضت سنتان ، ولم تلد . وقالت : كنت أظن أني حامل ، ولم احض الى [هذه الغاية] ، وأظن هذا الذي بي ريح ، وانا اريد النفقة حتى تنقضي عدتي ، وقال الزوج : قد ادعت[٢٩] الحبل ، واكثر مدة الحبل سنتان ، فان القاضي لا يلتفت[٣٠] الى قوله ، ويلزمه نفقة العدة [ما لم تنقض العدة][٣١] .

لان هذا أمر قد يشتبه[٣٢] ، فتعذر ، فكان لها النفقة حتى تقضي عدتها ، وعدتها[٣٣] تنقضي بمضي ثلاث حيض ، أو بدخولها في حد الاياس ، وبمضي ثلاثة اشهر بعد ذلك .

---

(٢٦) س ك : بيمينها .
(٢٧) ب : فيحلف .
(٢٨) ف ص ب : الى سنتين .
(٢٩) هـ : ادعيت .
(٣٠) ب : يلتفت (بسقوط لا)
(٣١) الزيادة من س ف ص . وفي ب : ما تنقضي العدة .
(٣٢) س : قد اشتبه على المرأة فكان لها .
(٣٣) س وعندنا تنقضي بثلاث حيض .

فان حاضت في هذه الشهور استقبلت العدة بالحيض ·

لانه تبين انها لم تكن آيسة ، والنفقة واجبة[٣٤] عليه لها ، لانها محتبسة[٣٥] بعدتها منه ·

[١٢٩٩] قال :

وان طلق الرجل امرأته وهي صغيرة لم تحض ، وقد دخـل بها ، ومثلها يجامع ، فعدتها ثلاثة أشهر ، ينفق عليها كذلك ، لقوله تعالى :

« واللائي لم يحضن »[٣٦] [معطوفا على قوله :

« واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر »][٣٧] ·

قال القاضي الامام ابو علي النسفي[٣٨] رحمه الله تعالى :

هذا اذا لم تكن مراهقة · اما اذا كانت مراهقة [فقـــد] قال[٣٩] : كان الشيخ الامام ابو بكر محمـــــد بن الفضـــل

---

(٣٤) ص ب ف : واجبة لها عليه ·

(٣٥) ف ج م : لانها تحبسه بعد تمامه (وهو تصحيف) س : لانها محتبسة من عدتها منه ·

(٣٦) سورة الطلاق : ٤

(٣٧) الزيادة من س ·

(٣٨) القاضي الامام ابو علي النسفي مرت ترجمته في جـ٢ ص ٢٩ في تعليقات الفقرة ٢٨٠ ·

(٣٩) ف هـ س ج م : قال الشيخ الامام (بسقوط لفظه ںں) جـ٢ ص ٦٨ ــ ٦٩ في تعليقات الفقرة ٣١٢ ·

البخاري[٤٠] رحمه الله يقول : عدتها لا تنقضي بثلاثة أشهر ، بل يوقف حالها[٤١] الى أن[٤٢] يعلم انها حبلت بذلك الوطء ام لا ، فينبغي أن يدر عليها النفقة ، ما لم يظهر فراغ رحمها •

[١٣٠٠] قال :

فان حاضت في الشهور استقبلت العدة بالحيض •

لما قلنا •

وانفق عليها حتى [٢٨٢ب] ينقضي الحيض[٤٣] •

[نفقة المختلعة والمبارئة وسكناهما]

[١٣٠١] قال :

والمختلعة والمبارئة[٤٤] لها النفقة والسكنى •

وهذا عندنا •

وعند الشافعي رحمه الله ليس لهما النفقة[٤٥] •

---

(٤٠) الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل البخاري مرت ترجمته في ج ٢ ص ٦٨ــ٦٩ في تعليقات الفقرة ٣١٢ •

(٤١) ك هـ س : يتوقف حالها

(٤٢) هـ ص : الى انها هل حبلت • فسج : الى انها حبلت • ب : الى أن يظهر انها هل حبلت •

(٤٣) س : حتى تنقضي عدتها بالحيض •

(٤٤) ص : المبانة • والمبارئة اسم فاعل من البراءة ، قال الزمخشري : وقد بارأت شريكي فاصلته وتبارانا (اساس البلاغة : مادة برأ : ٣٨/١) قال الرازي : وبارأ شريكه فارقه وبارأ الرجل امرأته (مختار الصحاح مادة برأ : ٤٥) قال النسفي : والمبارأة مهموزة وهي مفاعلة من البراءة (طلبة الطلبة : ٥٩) قال الفيومي : وبرىء زيد من دينه يبرأ مهموز من باب تعب براءة سقط عنه طلبه (المصباح المنير مادة بري : ٧٦/١) •

(٤٥) ل : نفقة •

[الابراء من النفقة والسكنى في الخلع]

[١٣٠٢] قال :

فان اختلعت منه على ان أبرأته [من النفقة والسكنى][٤٦] فالبراءة من النفقة جائزة ، واما السكنى فهي واجبة ٠

لان[٤٧] النفقة حق المرأة ، فاذا رضيت بالخلع بشرط ان لا تجب لها النفقة[٤٨] صح هذا الشرط ، فلم تجب ٠

واما السكنى فانها[٤٩] حق الله تعالى ، وحق الله تعالى لا يسقط برضاها ٠

وان اختلعت بشرط ان لا سكنى لها لم يصح هذا الشرط، حتى لو اختلعت بشرط الابراء[٥٠] عن مؤونة السكنى ، فان ابرأته عن مؤونة السكنى ، بأن قالت : اكتر [لي][٥١] بيتا اعتد فيه ، وتكون الاجرة علي جاز ٠

لان مؤونة السكنى حقها ٠

وبهذا[٥٢] كان يفتي [الشيخ][٥٣] الامام ابو بكر محمد بن الفضل [البخاري] رحمه الله ٠

---

(٤٦) الزيادة من س ٠
(٤٧) س : لانه حق المرأة ٠
(٤٨) قوله (لها النفقة) ليس في ف هـ ٠
(٤٩) ف : فهي حق الله ٠ ص هـ : فهو حق الله ٠
(٥٠) س : بشرط البراءة من نفقة السكنى ٠
(٥١) الزيادة من س ٠ وفي ب : بان قالت الشرط بيننا ٠
(٥٢) س : وبه كان يفتى الشيخ الامام ٠٠
(٥٣) الزيادة من ف هـ ص ٠

[**نفقة الملاعنة**] ·

[١٣٠٣] قال :

والملاعنة لها السكنى والنفقة ·

لان الفرقة باللعان فرقة بطلاق ، فكانت هذه الفرقة ، والفرقة بالطلاق[٥٤] الثلاث ، والطلاق البائن سواء ·

[**نفقة الامة اذا اعتقت فاختارت الفرقة**] ·

[١٣٠٤] قال :

والامة اذا اعتقت وهي عند زوج قد بوأها[٥٥] بيتا فاختارت الفرقة فلها السكنى والنفقة ·

والاصل في هذه المسألة وفي جنس هذه المسألة ما قال صاحب الكتاب رحمه الله ، وذلك أصلان :

احدهما : ان الفرقة متى وقعت بين الزوجين[٥٦] ينظر : ان كانت الفرقة من جهة الزوج فلها النفقة سواء كانت معصية أو غير معصية :

[فان كانت من جهة المرأة ينظر[٥٧] : ان لم تكن معصية فلها النفقة][٥٨] ، وان كانت معصية فلا نفقة لها ، لان النفقة

---

(٥٤) ب س : بالطلقات الثلاث ·

(٥٥) س : قد بوأها مولاها بيتا ·

(٥٦) ف ك : من الزوجين

(٥٧) ب : ينظر ان كانت بحق فلها النفقة وان كانت بمعصية فلا نفقة لها ·

(٥٨) الزيادة من ب ف ص س هـ م ج وقد سقطت من الاصل ك ومن نسخة ل ·

صلة لهما ، وبعصيان الزوج لا تحرم(٥٩) من الصلة ، امـا اذا عصت هي حتى وقعت الفرقة من جهتها ، جاز أن تحرم [من](٦٠) الصلـــة ٠

ونظير هذا الوارث اذا قتل مورثه ، ان كان بحق لا يحرم [من](٦١) الميراث ، وان كان بغير حق يحرم [من](٦٢) الميراث ٠

والثاني : ان المعتدة اذا وجبت لها النفقة كانت هي [في] العدة بمنزلة الزوجة التي لم تطلق ، فما وجب [٢٨٣آ] للزوجة التي [لم] تطلق فيه [من] النفقة ، فلها(٦٣) ما دامت في العدة ، وما حرمت به النفقة وهي زوجته تحرم به اذا كانت في العدة ٠

اما بيان الاصل الاول(٦٤): فـــان الامـــة اذا اعتقت فاختارت(٦٥) الفرقة فلها النفقة ٠

لان هذه فرقة جاءت من قبلها لا بسبب هو معصية ٠

والمنكوحة اذا ارتدت حتى وقعت الفرقة لا نفقة لها ٠

لان الفرقة جاءت من قبلها ، بسبب هو معصية ٠

وبيان الاصل الثاني : اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا ، حتى وجبت لها النفقة ، ثم ارتدت في عدتها عن الاسلام ، فحبســت

---

(٥٩) ل : لا تحرم الصلة ٠ ك : لا تحصل الصلة وما اثبتناه عن ب هـ ف س ص ج م ٠

(٦٠) الزيادة من ف هـ ب ٠

(٦١) الزيادة من سائر النسخ وقد سقطت من الاصل ومن ل ص ٠

(٦٢) ما بين القوسين سقط من الاصل ك ومن ل ص ب ٠

(٦٣) ف ص س هـ : فلها النفقة مادامت في العدة ٠

(٦٤) هـ : اما بيان الاصل الاول فالمرأة اذا اعتقت ٠٠

(٦٥) س : فاختارت نفسها فلها النفقة ٠ ص هـ : فاختارت فلهـا النفقة ٠

حتى تتوب ، فلا نفقة لها ؛ كما لو ارتدت وهي منكوحة [فحبست] .

[نفقة المرتدة]

[١٣٠٥] قال :

فان رجعت الى الاسلام كان لها النفقة والسكنى .

لان استحقاق النفقة والسكنى كان ثابتا لها ، لكن السقوط بعارض وهو الحبس بالردة حتى تتوب ، فاذا اسلمت زال العارض ، فيعود وجوب النفقة ؛ كما لو نشزت ثم عادت الى بيت[٦٦] العدة .

فرق بين هذا وبين ما اذا ارتدت[٦٧] وهي منكوحة ، حتى وقعت الفرقة ، وسقطت النفقة ، ثم اسلمت [بعد ذلك] فانه[٦٨] لا تعود النفقة .

والفرق هو أن الفرقة ههنا وقعت بمعنى مضاف اليها وهي معصية ، فسقطت النفقة اصلا ، فلا تعود بعد ذلك .

اما اذا[٦٩] ارتدت وهي معتدة ، فسبب الوجوب[٧٠] قد

---

(٦٦) ف ج م ص : الى البيت للعدة .

(٦٧) ب هـ ص : ما لو ارتدت .

(٦٨) هـ : فانها لا تعود .

(٦٩) ف ج م : اما لو ارتدت .

(٧٠) ك : فسبب الوجود . وقد سقطت من س .

تقرر ، لكن امتنع الوجوب في بعض المدة لعارض[(٧١)] ، وقد زال ، فيزول[(٧٢)] الحكم كما في النشوز ٠

[هل تحرم المطلقة من النفقة اذا ارتكبت شيئا هو معصية]

[١٣٠٦] قال :

وان كان حين طلقها زوجها ثلاثا قبلت ابنه بشهوة ، لم تحرم النفقة ٠

فرق بين هذا وبين ما اذا ارتدت المعتدة ٠

والفرق : ان المرتدة [المعتدة][(٧٣)] تحبس في العدة حتى تتوب، وهذا الحبس كان بحق واجب عليها ، وهو [٢٨٣ب] الاسلام ، والحبس اذا كان بحق واجب عليها كان مسقطا للنفقة ٠

واما التقبيل فلا تحبس ٠

فرق بين هذا وبين المنكوحة اذا قبلت ابنه بشهوة حيث تسقط النفقة ٠

والفرق : ان الفرقة قد وقعت بمعنى مضاف اليها ، وهو[(٧٤)] معصية ، فجاز ان تسقط النفقة ، فاما بعد العدة فلم يقع بهذا التقبيل فرقة ٠

هذا معنى ما قاله[(٧٥)] صاحب الكتاب رحمه الله تعالى :

---

(٧١) ف ل : بعارس ٠

(٧٢) ص : فيوصل الحكم ٠

(٧٣) الزيادة من فجم ٠ وفي ص : ان المرأة المعتدة ٠

(٧٤) ص : وهي ٠

(٧٥) س : ما اشار اليه صاحب الكتاب ٠

لانها لم تزدد[٧٦] بينونة ، ولانها لم [تحبس] بهـــــذه العـــــدة[٧٧] •

فالعبارة الاولى اشارة الى الفرق بينها[٧٨] وهي معتـدة ، وبينها وهي منكوحة •

والعبارة الثانية [اشارة] الى الفرق بينها[٧٩] وهي معتدة وبين المعتدة اذا ارتدت •

والله تعالى اعلم بالصواب

★ ★ ★

(٧٦) هـ ف : لم تزد • ص ترتد للبينونة • ب : لم ترتد ببيسونة •
(٧٧) ف : بهذه القبلة • ك لهذه العلة • وما اثبتناه عن س •
(٧٨) ف ج : بينهما وهي معندة وبينهما وهي •••
(٧٩) ف ج م بينهما • ل : بينها وبين معتدة •

الباب الثاني والتسعون

في نفقة الصبيان[1]

[نفي المضارة عن الوالدة والوالد]

[١٣٠٧] ذكر عن ابن عباس رضي الله عنهما في تأويل قوله تعالى :

« لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك »[2] .

قال في قوله[3] :

« لا تضار والدة بولدها » : بانتزاع الولد من حجرها .

« ولا مولود له بولده » : بالقاء الولد على الوالد ، ولا تضار [هي][4] بالقاء الولد عليها[5] .

« وعلى الوارث مثل ذلك » : يعني : التحرز به عن المضارة[6] .

---

(١) سقط العنوان من نسخة ف .

(٢) سقطت هذه الاية من نسخة ب والاية من سورة البقرة : ٢٣٣ .

(٣) قوله : (في قوله) ليس في ف ج م .

(٤) الزيادة من هـ ص ب .

(٥) ك ب هـ : بالقاء الولد على الوالد وما اثبتناه عن ص . وقوله (ولا تضار هي بالقاء الولد عليها) ليس في فجم .

(٦) تفسير ابن عباس لاية : (لا تضار والدة بولدها ..) أخرجه ابن المنذر وابن ابي حاتم والبيهقي من طريق مجاهد والشعبي عن ابن عباس : (وعلى ←

وقال عبدالله بن مسعود رضي الله عنه :

المراد من قوله « مثل ذلك » النفقة . يعني : تجب النفقة مثل ذلك[7] .

وعندنا : تحتمل[8] عليهما جميعا : على [نفي المضارة[9] ، والنفقة جميعا .

اشتمل[10] الحديث على فوائد :

منها : ان الام احق بالولد من الوالد .

ومنها : ان نفقة الرضاع على الوالد ، يعني : أجر الرضاع .

وقد فسر[11] البعض ان المراد من قوله تعالى :

الوارث مثل ذلك) قال : ان لا يضار (الدر المنثور في التفسير بالمأثور : ٢٨٩/١) وانظر تنوير المقباس في التفسير المنسوب لابن عباس (على هامش الفتوحات الالهية ١٣٠٢) ١٧٤/١ ـ ١٧٥ ، وعلى هامش الدر المنثور :١١٩/١ وانظر السنن الكبرى : ٤٧٨/٧ ، وانظر المصادر التي سنحيل اليها عند تخريج اراء مفسري هذه الاية بعد قليل ان شاء الله تعالى .

(٧) قول ابن مسعود في تفسير قوله تعالى (مثل ذلك) بانه النفقة اخرجه عبد بن حميد عن الحسن وعلى الوارث مثل ذلك قال كان يلزم الوارث النفقة وفي لفظ : نفقة الصبي اذا لم يكن له مال على وارثه ، واخرج عبدالرزاق وعبد بن حميد عن ابن سيرين ان امرأة جاءت تخاصم في نفقة ولدها وارث ولدها الى عبدالله بن عتبة بن مسعود فقضى بالنفقة من مال الصبى وقال لوارثه الا ترى (وعلى الوارث مثل ذلك) ولو لم يكن له مال لقضيت بالنفقة عليك (الدر المنثور : ٢٨٨/١) وانظر المصنف : (٦٠/٧ رقم ١٢١٨٥) ومن طريقه الطبري (تفسير الطبرى · ٢٨٦/٢)

(٨) هـ ف ب · تحمل

(٩) س المضرة المؤثرة · والزيادة ليست في ل

(١٠) س · اشتملت الاية فوائد .

(١١) س وبه فسرها بعضهم قال . . ص ل هـ وبه فسر البعض .

« وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن »[١٢]: نفقة الرضاع ، يعني : أجر الرضاع[١٣] ٠

وهذا اذا وقعت الفرقة بينهما ٠ فما دامت في العدة وهي ترضع الولد تكون نفقتها وكسوتها [٢٨٤آ] على الوالد وراء نفقة العدة ، ويكون ذلك أجر الرضاع ٠

وهذا عندنا غير صحيح ٠

لما نبين في كتاب[١٤] النفقات[١٥] ان شاء الله تعالى ٠

ومنها : ان الرضاع واجب على الوالدة ديانة ، وان لم يكن واجبا من حيث الحكم ٠ ألا ترى أنه جعل[١٦] القاء الوالد بالولد من جملة المضارة ٠

[أجر رضاع الصبي في ماله]

[١٣٠٨] ذكر عن [ابن][١٧] مغفل : قال :

---

(١٢) سورة البقرة : ٢٣٣

(١٣) حول رأي المفسرين في معنى الاية انظر الدر المنثور في التفسير بالمأثور : ٢٨٧/١ - ٢٨٩ ، تفسير الطبري : ٦٥/٥ ، مختصر تفسير الطبري : ٦٧/١ ، تفسير القرطبي : ١٦٧/٣ وما بعدها ، تفسير ابن كثير : ٢٨٤/١ ، تفسير الخازن : ١٩٨/١ - ١٩٩ ، تفسير البغوي (على هامش الخازن) : ١٩٨/١ - ١٩٩ أيضا ٠

(١٤) ب : في باب ٠

(١٥) قوله كتاب النفقات مر ذكر كتاب النفقات للصدر الشهيد وكتابه في شرح كتاب النفقات للخصاف في الجزء الاول من هذا الكتاب ص ٥٤ ٠

(١٦) س : جعل القاء الولد على الوالد من جملة المضارة ٠

(١٧) الزيادة من ب فقط ومن الدر المنثور : ٢٨٩/١ وابن مغفل اسمه عبدالله بن مغفل قال ابن حجر بمعجمة وفاء ثقيلة ، ابن عبيد بن نهم ، بفتح النون وسكون الهاء ، ابو عبدالرحمن المزني صحابي ، بايع تحت الشجرة ونزل البصرة ، مات سنة سبع وخمسين وقيل بعد ذلك انظر تقريب التهذيب : ٤٥٣/١ رقم ٦٦١ ٠

يحسب رضاع الصبي من نصيبه(١٨) ٠

اراد بالرضاع : أجر الرضاع ٠

واراد من نصيبه : نصيبه من المال الذي ورثه مع غيره ، فكان له مال ٠

لان أجر الرضاع من النفقة ، ونفقة الصبي تكون في ماله اذا كان له مال ، فكذلك هذا ٠

[١٣٠٩] [وقال شريح في حديث(١٩) الرضاع :

الرضاع من جميع المال ٠

يعني : من جميع المال الموروث من نصيبه ونصيب غيره](٢٠) ٠

وقال شريح رحمه الله في حديث آخر :

رضاع الصبي من جميع المال ، حتى يفطم ، فاذا فطم فمن نصيبه(٢١) ٠

---

(١٨) قول عبدالله بن مغفل : يحسب رضاع الصبي من نصيبه قال السيوطي اخرج وكيع عن عبدالله بن مغفل قال : رضاع الصبي من نصيبه (الدر المنثور في التفسير بالمأثور : ١/٢٨٩)

(١٩) س : في حديث آخر ٠ ل : في حديث الرضاع من جميع المال ٠ وقد سقطت العبارة من الاصل وسائر النسخ الاخرى وما اثبتناه عن ف هـ ج م

(٢٠) الزيادة من ف هـ ج م س ل

(٢١) حول أقوال شريح في الرضاع والانفاق انظر ما يرويه وكيع عنه من طريق الرمادي قال : حدثنا يزيد ، قال : حدثنا سفيان عن منصور عن ابراهيم عن شريح قال : النفقة والرضاع من جميع المال اذا مات الرجل وترك امراة حبلى (اخبار القضاة : ٢/٢٨٤ ـ ٢٨٥) وقابل ذلك بما ذكره في ٢٦٥ ، ٢٨٠ من الجزء الثاني نفسه ٠

وكلاهما قول[٢٢] لا يؤخذ به ٠

[١٣١٠] ذكر عن ابراهيم رحمه الله قال :

اذا مات الرجل وترك ابنا رضيعا انفق عليه من نصيبه ، فان كان نصيبه لا يكمل[٢٣] به الرضاع انفق [عليه][٢٤] من جميع المال[٢٥] ٠

يعني اذا فني ماله ولم يستغن عن الرضاع ، يكون ذلك على ورثته على قدر مواريثهم[٢٦] ٠

فكان في الحديث دليل[٢٧] صحيح على وجوب نفقة المحارم ٠ وبه نأخذ ٠

[هل تجبر المرأة على ارضاع ولدها ؟]

[١٣١١] ذكر عن الحسن رحمه الله قال :

تجبر المرأة على ارضاع[٢٨] ولدها ان كانت عند زوجها[٢٩] ٠

ولا نأخذ به ٠

---

(٢٢) ب : وكلاهما قول مهجور ٠

(٢٣) س : لا يكتمل ٠

(٢٤) الزيادة من س

(٢٥) حول رأي ابراهيم في الانفاق على الابن الرضيع انظر المصنف : ٦١/٧ رقم ١٢١٨٩ ـ ١٢١٩٠ ، الدر المنثور : ٢٨٨/١

(٢٦) س : على قدر ميراثهم ٠

(٢٧) ل : دليل على ٠ هـ : دليلا على ٠

(٢٨) ف س هـ ص : رضاع ٠

(٢٩) حول رأي الحسن انظر الدر المنثور : ٢٨٨/١

لان الارضاع[٣٠] من جملة النفقة ، ونفقة الاولاد تكـون على الوالد . وان كان الولد لا يأخذ من لبن غيرها فسنبين الجواب عنه ان شاء الله تعالى .

[١٣١٢] ذكر عن الحسن بن صالح رحمه الله تعالى انـه سئل عن المرأة تأبى ان ترضع ولدها من الرجل ، قال :

للزوج ان يجبر المرأة على ارضاع ولدها[٣١] منه ، ما لـم يطلقها[٣٢] .

لان عليه نفقتها وكسوتها .

ولا نأخذ بهذا .

[١٣١٣] ذكر عن الضحاك رحمه الله قال :

تجبر الام على الرضاع ، ما لم يأخذ الصبي من غيرها[٣٣] ان لم يكن له [٢٨٤ب] وللاب مال[٣٤] .

[١٣١٤] وذكر شمس الائمة الحلواني رحمه الله في شرح

---

(٣٠) ف : لان الرضاع .

(٣١) ص : على رضاع ولده منها .

(٣٢) حول رأي الحسن بن صالح انظر الدر المنثـــور : ١/٢٨٨ ، ٦/٢٣٧ . وحول ترجمته انظر الفقرة ١٣٦١ وتعليقاتها .

(٣٣) ص : من لبن غيرها .

(٣٤) ص : ان لم يكن له مال وللاب مال . ب : ان لم يكن له او للاب مال . وحديث الضحاك رواه عبدالرزاق عن الثوري عن منصور عن ابراهيم قال : اذا قام أجره فأمه احق به ، قال سفيان : فان ابت امه استؤجر له فان لم يكن له مال ولم يجدوا احدا يرضعه ، فان جويبرا أخبرني عن الضحاك انه قال : تجبر امه على أن ترضعه ، فان وجدوا من يرضعه لم تجبر الام (المصنف ٧/٦١ رقم ١٢١٨٩) وانظره في تفسير القرطبي : (١٨/١٦٩) ومختصـر تفسير الطبري : ٢/٣٦٨ ، والدر المنثور في التفسير بالمأثور : ٦/٢٣٧ .

هذا الكتاب وقال[٣٥] : في ظاهر الرواية عند اصحابنا رحمهم الله : أن لا تجبر ، وان لم يأخذ من لبن غيرها ٠

وروي عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في النوادر انها تجبر[٣٦] ٠

وذكر[٣٧] شمس الائمة السرخسي رحمـــه الله في شرح هذا الكتاب وقال : انها تجبر مطلقا ٠

وجه ما ذكره : انه متى لم تجبر ، والولد لم يأخذ من لبن غيرها ادى ذلك الى اتلاف الولد ، وهي منهية ممنوعة عن اتلاف الولـــــد ٠

وجه ما ذكره شمس الائمة الحلواني رحمه الله انه يغذى بالدهن وغيره من المائعات ، فلا يؤدي هذا الى تلف الولد ٠

[١٣١٥] ثم قال الضحاك :

اذا لم يكن للصبـــــي أو للأب مال اجبـــــرت الام على الارضاع[٣٨] ٠

وهو الصحيح ٠

لانها ذات يسار في اللبن ، [فصار][٣٩] هذا قياس ما ذكرنا : ان الاب اذا غاب وليس له مال ، وترك امرأة وصغيرا ، ولها مال،

---

(٣٥) س ف : وقال علماؤنا في ظاهر الرواية ٠٠

(٣٦) س ك : لا تجبر ٠ وما اثبتناه عن سائر النسخ ٠

(٣٧) ك : وذكر عن شمس الائمة ٠

(٣٨) قول الضحاك مر تخريجه الآن في تعليقات الفقرة ١٣١٣ ٠

(٣٩) ما بين القوسين سقط من ك ل ٠

فانها تجبر على الانفاق على[٤٠] الصغير ، ثم ترجع هي عليه [بعد ذلك][٤١] فكذا ههنا ٠

فان طلبت من القاضي أن يفرض لها نفقة الرضاع[٤٢] ، حتى اذا أيسر رجعت عليه فعل ذلك . لانها انصفت ، كما في النفقة ٠

[نفقة الاولاد الصغار على الاب]

[١٣١٦] قال :

ولو أن رجلا له اولاد صغار ، بعضهم رضيع وبعضهم فطيم ، وتزوجت[٤٣] امهم ، وليس لهم مال ، فخاصمت[٤٤] امهم في نفقتهم ، فان القاضي يفرض لهم النفقة عليه ما داموا صغارا ، فان نفقة الاولاد الصغار تكون على الاب بالاجماع ٠

[١٣١٧] [قال][٤٥] :

فان شكت الام تضييقه وتقتيره في النفقة عليهم فينبغي للقاضي أن يسمع كلامها ، ويدفع نفقتهم[٤٦] الى الام ٠

---

(٤٠) ك : على الانفاق على الصحيح ٠ ب هـ س ل ٠ على الصبي وما اثبتناه عن ف ج م ص ٠

(٤١) الزيادة من ف هـ ص ب ٠

(٤٢) س : نفقة للرضاع ٠

(٤٣) ك ل : وزوجته امهم ٠ هـ ف ص ب : وامهم تزوجت ٠

(٤٤) ب : فخاصمته امهم ٠

(٤٥) الزيادة من س هـ ص ٠

(٤٦) هـ : ويدفع بعضهم (وهو تصحيف) ٠ ف : فيدفع نفقتهم ٠

لانه اذا كان يضيق عليهم ربما يموتون جوعا[٤٧]، فيدفع الاولاد الى امهم ؛ لانها ارفق بالاولاد ، ولا تضيق عليهم ٠

[للام ان تطلب مرضعة لابنها عندها]

[١٣١٨] قال :

فاما الرضيع فان ابت الام ان ترضعه ، وقالت : [٢٨٥آ] ائتني[٤٨] [بامرأة][٤٩] ترضعه عندي فلها ذلك ٠

لان الارضاع من النفقة ، والنفقة على الاب ، لا على الام ، فلا تجبر الام على الارضاع ٠ ويؤمر الاب بان يكتري[٥٠] امرأة اذا كان يجد امرأة مرضعة ترضعه عند امه ، ولا ينتزع الولد من امه[٥١] ٠

لان حق الحضانة والتربية لها بالاجماع ٠

[هل للام ان تأخذ ما تأخذه الظئر من أجور ؟]

[١٣١٩] قال :

فان قالت : انا ارضعه[٥٢] بما تأخذ هذه الظئر ، فليس لها ذلك ٠

---

(٤٧) هـ ل ك ف : جوعا عسى فيدفع ٠

(٤٨) ك ل : ابنتي ترضعه (وهو تصحيف) ٠

(٤٩) الزيادة من س هـ ص ٠

(٥٠) س : بان يكتري مرضعة ترضعه عندها ان كان يجد (كـذا) ولا ينزع الولد ٠ ص : بان يكتري امرأة مرضعة ٠

(٥١) ص : من الام ٠

(٥٢) س : انا ارضعه بأجرة هذه فليس لها ذلك ٠

لانها زوجته •

اراد به أنها ما دامت[٥٣] زوجته كان اقامة هـــذا العمل مستحقا عليها ديانة ، ان لم يكن مستحقا عليها من حيث الحكم •

[هل لها أن تأخذ الاجر في عدة الطلاق البائن ؟]

[١٣٢٠] قال :

فان كان قد طلقها طلاقا بائنا ، أو ثلاثا ، فطلبت أجـــر الرضاع لترضع الصبي ، فاستأجرها الزوج هل يصح[٥٤] ؟ •

فيه روايتان :

ذكر[٥٥] عن محمد رحمه الله في كتاب الاجارات انـــه لا يصح • وهكذا ذكر صاحب الكتاب ههنا • وفي كتاب النفقات في باب نفقة الصبي والصبية قال : لان نفقة العدة مستحقة لها على الزوج ما دامت في العدة ، ولا تجتمع نفقتان[٥٦] نفقة الرضاع مع نفقة العدة •

وذكر في الاصل انها تستحق[٥٧] نفقتين : نفقة الرضاع ونفقة العـــدة •

---

(٥٣) ب : ما دامت زوجة له • س ل : انها اذا دامت زوجته •

(٥٤) ب : هل يصح الاستئجار •

(٥٥) ص هـ : ذكر محمد •

(٥٦) س : ولا يجتمع شيئان • ب : ولا تجمع نفقة الرضاع مع نفقة العـــــــدة •

(٥٧) ب ل ص : تستحق نعقة الرضاع ونفقـــة ••• وفي ف ج م : تستحق نفقتان (كذا بالرفع) •

وهكذا على رواية الحسن بن زياد رحمه الله تعالى ٠

وصار هذا كاختلاف الروايتين في فصل[٥٨] القطع : انه اذا طلقها طلاقا بائنا فاعتزلت بمالها الى بيت أهلها ، ثم ان الزوج سرق مالها من بيت اهلها ، هل يقطع ؟ فيه روايتان :ـ

وفي فصل[٥٩] الزكاة والشهادة يدل على صحة هذه الرواية انه لا يجوز ؛ فانه لو دفع زكاة ماله اليها ، وهي فقيرة ، وهي في عدة منه ، أو شهد لها وهي في عدة[٦٠] منه لم يجز ٠

[اجر الرضاع بعد انتهاء العدة]

[١٣٢١] قال :

واذا انقضت عدتها فطلبت أجر الرضاع ، فهي أحق[٦١] بدفع ذلك اليها ٠ وينظر القاضي بكم[٦٢] تجد امرأة غيرها ، فيأمره ان يدفع ذلك القدر اليها ؛ لقوله تعالى :

---

(٥٨) ل ك : في أصل القطع ٠ وما أثبتناه عن ب هـ س ف ص ج م ٠

(٥٩) ب هـ : وفصل ٠ ص : وفصل الشهادة في الرواية تدل على ٠٠٠

(٦٠) ب : في العدة منه ٠

(٦١) ب : فهي أحق به يدفع ذلك اليها ٠

(٦٢) ص : بكم تأخذ امرأة ٠ ص : فلم يجد امرأة ٠

« فان ارضعن لكم فآتوهن [٢٨٥ب] اجورهن »[٦٣] ·

وان ارادت اكثر من ذلك كان للاب أن يستأجر غيرها: لقوله تعـــالى :

« وان تعاسرتم فسترضع له أخرى »[٦٤] ·

قالوا في التفسير[٦٥]:

التعاسر : هو أن يجري المكاس في الاجرة بينهما ·

[فرض النفقة للصبيان على قدر طاقة الاب]

[١٣٥٢] قال :

واما[٦٦] الاولاد الذين قد خرجوا عن حد الرضاع فانــه يفرض لهم النفقة بقدر حاجتهم ، وعلى قدر طاقة ابيهم ؛ لقوله تعـــالى :

---

(٦٣) سورة الطلاق : آية ٦ ·

(٦٤) سورة الطلاق : آية ٦ ·

(٦٥) انظر بشأن تفسير التعاسر : تفسير القرطبي وفيه يقول : ان تعاسرتم اي في اجرة الرضاع فابى الزوج ان يعطى الام رضاعها وابت الام ان ترضعه فليس له اكراهها وليستأجر مرضعه غير امه وقيل معناه : وان تضايقتم وتشاكستم فليسترضع لولده غيرها وهو خبر في معنى الامر (جـ : ١٨ ص١٦٩) وأنظر مختصر تفسير الطبري : ٣٦٨/٢ ، قال ابن حزم : واما قولنا فان لم ترض هي الا باكثر من اجرة مثلها وابى الاب الا اجرة مثلها فهذا هو التعاسر وللاب حينئذ ان يسترضع لولده غيرها باجرة مثلها او باقل او بلا اجرة ان وجد (المحلى : ٣٤١/١٠) ·

(٦٦) ف ص ج م : قال واما الوالدان فقد خرجوا من ذلك واما الاولاد الذين قد خرجوا ··· وما اثبتناه عن الاصل وعن سائر النسخ ·

« على الموسع قدره وعلى المقتر قدره »(٦٧) ·

[نفقة الصبيان في اموالهم اذا كانت لهم اموال]

[١٣٥٣] قال :

فان كان للصبيان مال فنفقتهم في موالهم ، ولا يجبر الاب على أن ينفق عليهم ·

لان الولد موسر ، ونفقة الولد الموسر لا تجب على الاب ·

[فرض نفقة الصبيان على الوالد المعسر واستدانة الام]

[١٣٥٤] قال :

وان كان الوالد معسرا(٦٨) لا يقدر على النفقة عليهم فهذا على وجهين :

أما أن يقدر على الكسب ·

أو لا يقدر ·

فان(٦٩) كان يقدر على الكسب فالقاضي يفرض عليه(٧٠) نفقتهم ، فيكتسب ، وينفق عليهم ·

لان نفقة الاولاد لا تسقط عن الوالد بالعسرة ·

وان لم يقدر(٧١) على الكسب ، فان القاضي يفرض(٧٢)

---

(٦٧) البقرة : ٢٣٦ ·

(٦٨) ك : معسر (وهو سهو) ·

(٦٩) هـ ب : فان قدر فالقاضي ·

(٧٠) ك : عليهم (وهو سهو)

(٧١) ف هـ م : وان لم يقدر فان القاضي ·

(٧٢) ف هـ ب : فان القاضي يفرض ويأمر المرأة ·

النفقة ويأمر[٧٣] المرأة حتى تستدين على الزوج ، فاذا أيسر طالبته بذلك •

وكذلك لو قالت المرأة في هذا الوجه : افرض لولدي عليه حتى استدين لهم ، وانفق عليهم الى أن يجد ما يعطيني ، فارجع به عليه ، فلها ذلك •

فاذا فعل القاضي ، واستدانت ، وانفقت عليهم فلها ان ترجع بذلك عليه اذا أيسر •

وكذلك لو كان الاب واجدا للنفقة ،[لكنه]تمرد[٧٤] عليهم، وامتنع من النفقة عليهم ، ففرض[٧٥] لهم القاضي عليه[٧٦] النفقة ، فامتنع[٧٧] من الاداء ، أمرها القاضي ان تستدين عليه ، وتنفق عليهم لترجع[٧٨] بذلك على الاب ، ففعلت ، فانها ترجع [بذلك] على الاب •

وكذلك ان فرض القاضي النفقة على ابيهم ، وتركهم بلا نفقة ، فاستدانت الام ، وانفقت عليهم بأمر القاضي ، فانها ترجع على الاب بذلك •

لان الانفاق عليهم بأمر القاضي كالانفاق بأمر الاب •

---

(٧٣) س : ويأمرها ان تستدين •

(٧٤) ك : وتمرد • والزيادة من س هـ ف ب •

(٧٥) س : فرض •

(٧٦) س ف ج م : عليهم نفقة •

(٧٧) س : فان امتنع •

(٧٨) س : وترجع •

[حكم نفقة الصبيان اذا كانوا يأكلون من مسالة الناس]

[١٣٥٥] قال :

فان لم تكن استدانت عليه بعد الفرض [١٢٨٦] ولكنهم كانوا يأكلون من مسألة الناس ، لم ترجع على الاب بشيء ٠

لانهم اذا سألوا واعطوا صار ذلك ملكا لهم فاذا صار مقدار الكفاية ملكا لهم سقطت النفقة(٧٩) عن الاب ٠

وان اعطوا مقدار نصف الكفاية سقط نصف النفقة عن الاب ، وتصح الاستدانة بقدر(٨٠) ذلك النصف ٠

وليس هذا في حق الاولاد خاصة ، بل في جميع نفقة المحارم اذا أكلوا من مسألة الناس لا يكون لهم حق الرجوع على من(٨١) فرضت نفقتهم عليه ٠

لانهم لما اعطوا استغنوا عن النفقة ، بخلاف نفقة الزوجة ٠

[لايجبر احد على الانفاق على الاولاد سوى الاب]

[١٣٥٦] قال :

ونفقة الاولاد الصغار الذكور والاناث على الاب ، لا يشاركه في ذلك أحد ، ينفق عليهم ، الى ان يدركوا ؛ لقوله تعالى :

« وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف »(٨٢) ٠

---

(٧٩) ف ج م : سقطت النفقة عليهم عن الاب ٠

(٨٠) هـ ف ك : بعد ذلك في النصف ٠

(٨١) ب ف ص : على الذي وجبت نفقتهم عليه ٠

(٨٢) البقرة : ٢٣٣ ٠

والمولود[٨٣] له الاب ٠

[هل للاب ان يؤاجر اولاده في عمل او حرفة ؟]

[١٣٥٧] قال :

واما الولدان[٨٤] الذكور اذا بلغوا حد الكسب ، ولم[٨٥] يبلغوا في انفسهم ، فاذا[٨٦] اراد الاب ليسلمهم[٨٧] في عمل ليكتسبوا[٨٨] ، وينفق عليهم من ذلك ، فذلك له ٠

وكذا لو اراد الاب ان يؤاجره في عمل ، أو[٨٩] في حرفة، فذلك له ٠

لان له فيه منفعة ؛ فانه يتعلم الكسب ٠

هذا اذا كان الولد من الذكور ٠

واما اذا كان من الاناث ، فليس له ذلك ٠

لان المستأجر يخلو بها ، وذلك منهي عنه في الشرع ٠

فاذا فعل ذلك في[٩٠] اجارة الذكور يأخذ كسبهم ، وينفق[٩١] عليهم من كسبهم ٠

---

(٨٣) س : والمراد به الاب ٠
(٨٤) ب س ف ص : واما الاولاد ٠
(٨٥) س : ولم يسعوا ٠
(٨٦) ل ف : فان اراد ٠
(٨٧) ب س ف هـ : أن يسلمهم ٠
(٨٨) س : يكتسبوا ٠
(٨٩) ب : في عمل او خدمة فذلك له ٠
(٩٠) ك ف ل : في الولد الذكور ٠
(٩١) س : وينفقه عليهم لان ذلك ٠٠٠

لان ذلك ملكهم ، ونفقة الولد في ماله اذا كان له مال ٠

وما فضل عن نفقته فان الاب يحفظ ذلك عليهـــم الى(٩٢) بلوغهم كسائر اموالهم ٠

[قد يضع القاضي اموال الصغار في يد أمين غير الاب]

[١٣٥٨] قال :

وان كان الاب مبذرا لا يؤمن(٩٣) على ذلـــك فالقاضـــي يخرج(٩٤) ذلك من يده ، ويجعله فى يد أمين يحفظه لهم ، فاذا بلغوا سلمه اليهم ٠

وهذا لا يختص بهذا المال ، بل بكل مال(٩٥) الصبي ٠

[هل للام المطلقة ان تاخذ من مال ولدها ؟]

[١٣٥٩] قال :

ولو كان للصبي ام مطلقة ، وقد خرجت من العدة ، فاحتاجت الى ان ينفق عليها من كسب ولدها فعل ذلك بها ٠

لان الاب لو احتاج اليه جاز له أن يأخذ مقدار حاجته فكذا الام [٢٨٦ب] اذا احتاجت كان لها أن تأخذ ٠

---

(٩٢) س : الى حين بلوغه كسائر ماله ٠

(٩٣) ب : لا يؤمن عليه فالقاضى ٠

(٩٤) س : يخرج يده من ذلك ٠ ف : يخرجه من يده ٠

(٩٥) س : بكل مال قال ٠ ب ل : بكل مال لصبي ٠

[نفقة الاناث والزمنى من الاولاد الكبار]

[١٣٦٠] قال :

واما الولد[٩٦] الاناث فنفقتهن على الابوين جميعا ، على الام الثلث ، وعلى الاب الثلثان ٠

هكذا ذكر الخصاف رحمه الله ههنا ٠

وهكذا روى الحسن عن ابي يوسف عن[٩٧] ابي حنيفة رحمه الله ذكره الخصاف في كتاب النفقات ٠

وذكر في ظاهر الرواية ان نفقتهم[٩٨] على الاب ٠

واجمعوا[٩٩] على ان نفقة الولد الصغير ذكرا كان أو انثى كلها على الاب ٠

ففي ظاهر الرواية سوّى بين الصغير[١٠٠] والكبير الزمن ، والبالغة الانثى ٠

وعلى رواية الخصاف ، ورواية الحسن فرق ٠

وجه ظاهر الرواية : [قوله تعالى] :

« وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن »[١٠١] ٠

---

(٩٦) ب س ف ص : واما الاولاد ٠

(٩٧) قوله (عن ابي حنيفة) ليس في نسخة هـ ٠

(٩٨) هـ ص : نفقتها ٠

(٩٩) هـ : واجمعوا أن ٠

(١٠٠) ب : بين الصغير والبالغ ٠

(١٠١) البقرة : ٢٣٣ ٠

من غير فصل ·

وجه رواية الحسن والخصاف : انه اجتمع في الصغير الولاية والمؤونة في جانب الاب ، حتى كانت[102] صدقة فطره عليـــه ، فاختص بتحمل[103] النفقة ، ولا كذلك[104] الزمـــن البالغ ، والانثى البالغة[105] ·

لانه ان وجدت المؤونة حتى وجبت النفقة ، لم توجد الولاية ، حتى لا تجب عليه صدقة فطره ، فلا تختص بتحمل النفقة ·

والله تعالى اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(١٠٢) ب : حتى لو كانت ·

(١٠٣) س : بتحمل المؤونة ·

(١٠٤) ب : وكذلك (بسقوط لا) ·

(١٠٥) ف : والبالغة الانثى ·

الباب الثالث والتسـعون

﴿ في النفقة على الابوين[1] وعلى ذي الرحم [المحرم] ﴾

[النفقة على كل وارث بقدر ما يرث]

[١٣٦١] ذكر عن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال : يجبـر كل وارث بقدر ما يرث[2] ٠

هكذا ذكر عن زيد بن ثابت ٠

وهذه مسالة اختلف[3] فيها الصحابة رضي الله عنهم :

قال عمر رضي الله عنه :

---

(١) س : على الابوين وذوي المحارم ٠ ب : على الابوين وذوي الرحم ٠

(٢) قول زيد بن ثابت رضي الله عنه انه يجبر كل وارث بقدر ما يرث رواه ابن حزم من طريق اسماعيل بن اسحق القاضي ، نا ابو بكر بن ابي شيبة ، نا حميد بن عبدالرحمن ، هو الرؤاسي ، عن الحسن ـ هو ابن حي ـ عن مطرف ـ هو ابن طريف ـ عن اسماعيل ـ هو ابن علية ـ عن الحسن البصري عن زيد بن ثابت قال : اذا كان عم وام فعلى العم بقدر ميراثه وعلى الام بقدر ميراثها (المحلى : ١٠/١٠٢ـ١٠٣ ضمن المسالة رقم ١٩٣٣ ، و ١٠/٣٤٢ ضمن المسالة ٢٠١٧) ٠

(٣) س : اختلف فيها العلماء عن الصحابة ٠ وحول اختلاف الصحابة في هذه المسالة انظر المحلى : ١٠/١٠٤ ، ٣٤٢ ، الفتاوى الهندية : ١/٥٦٠ـ٥٦١ ، المصنف لعبدالرزاق : ٧/٦١ ، المبسوط : ٥/٢٠٩ ٠ تفسـير القرطبي : ٣/١٦٨ ٠

تجب النفقة على كل وارث بقدر ما يرث[٤] ، وان لم يكن محرما ٠

حتى روي عنه أنه قال :

تجب النفقة على ابن العم ٠

وروي عنه انه قال :

لو لم يبق من العشيرة الا واحد لاجبرته[٥] على النفقة[٦] ٠

وقال[٧] عبدالله بن مسعود رضي الله عنه :

تجب على الوارث الذي هو ذو رحم محرم بقدر ما يرث ٠

وعن زيد بن ثابت رضي الله عنه روايتان :

في [٢٨٧آ] رواية كما قال عمر ٠

وفي رواية كما قال عبدالله بن مسعود رضي الله عنهما

واخذ ابن ابي ليلى[٨] بقول عمر رضي الله عنه ٠

واخذ اصحابنا[٩] رحمهم الله بقول عبدالله بن مسعود رضي الله عنه ٠

---

(٤) ف ج ص : بقدر ما ورث ٠

(٥) ف ك : اجبرته ٠

(٦) حول اقوال عمر رضي الله عنه في النفقة انظر المحلى ١٠/١٠٢ ، ١٠/٣٤٢ ، المصنف لعبدالرزاق : ٧/٥٩ رقم ١٢١٨١ وما بعد ذلك ، السنن الكبرى : ٧/٤٧٨ ٠

(٧) ل س : قال ٠

(٨) ل ف هـ ص ب : وابن ابي ليلى اخذ ٠٠

(٩) ص ف هـ : واصحابنا اخذوا ٠٠

وصاحب الكتـــاب رحمه الله ههنا اعتمد على قول زيد على الرواية التي[١٠] توافق قول عمر ، وفي كتاب النفقات على قول ابن مســـعود •

والكلام في فصلين :

احدهما : في اشتراط المحرمية •

والآخر : في اشترط الارث •

اما الكلام في الفصل الاول فنقــول :

عمر رضي الله عنه احتج بقولـــه تعالىٰ : « وعلى الوارث مثل ذلك »[١١] من غير فصل •

وابن مسعود رضي الله عنه قرأ : « وعلى[١٢] الوارث ذي رحم محرم منه مثل ذلـــك »[١٣] وهــو قرأ[١٤] قرآنا ، فان لم يثبت[١٥] كونه قرآنا لفقد شرطه ، لا يتخلف[١٦] عن الخبـــر ، ولان النفقة انمـــا تجب بطريق الصلة ، فتختص بقرابـــة[١٧]

---

(١٠) ص : التى قال مثل عمر • ب : التى قال مثل قول عمر • فهل : التى قال مثل ما قال عمر •

(١١) البقرة : ٢٣٣ •

(١٢) لك : وعلى الوارث المحرم منه مثل ذلك • س : وعلى الوارث ذي الرحم منه مثل ذلك • بص : وعلى الوارث ذي الرحم المحرم •

(١٣) حول قراءة ابن مسعود انظر المبسوط : ٢٠٩/٥ •

(١٤) س : وهو قرأ •

(١٥) ف : فان ثبت قرآنا • هـ : فان لم يثبت قرآنا •••

(١٦) س : لا يتقاعد عن الخبر •

(١٧) ص : فتختص بفوات المحرمية (وهو تصحيف) •

المحرمية للنكاح ، وكما[18] في العتق عند المالك ، وحرمة الرجوع في الهبة ، ونحو[19] ذلك ٠

هذا هو الكلام في اشتراط المحرمية ٠

واما الكلام في الفصل الثاني فكونه وارثا شرط في المحارم بالاتفاق ، لكن المراد منه عند الاكثر كونه أهلا للارث ٠

وبه أخذ علماؤنا ٠

وعند البعض كونه وارثا حقيقة ، منهم الحسن بن صالح[20]، حتى اذا اجتمع الخال وابن العم كانت النفقة على الخال عند علمائنا رحمهم الله ، وان كان الارث لابن العم ٠

لان الخال ذو رحم محرم ، وهو أهل للارث ، وابن العم ليس بذي رحم محرم ٠

وعند الحسن رحمه الله لا تجب النفقة على الخال ٠

---

(١٨) بل‌س : كما (بسقوط الواو) ٠

(١٩) بف‌هص : ونحوه ٠

(٢٠) الحسن بن صالح بن صالح بن حي الهمداني ، ابو عبدالله الكوفي الفقيه العابد ، روى عن عبدالله بن دينار ، ومنصور بن المعتمر ، واسماعيل السدي ، وسماك بن حرب وغيرهم وروى عنه وكيع ، وابو نعيم الفضل بن دكين ، ويحيى بن آدم ، وغيرهم وهو اخو المحدث علي بن صالح بن صالح ، كانا توأمين قال ابو زرعة : اجتمع في الحسن اتقان وفقه وعبادة وزهد قيل : كان خارجيا ، وقد اثنوا على حفظه واتقانه ولد سنة مائة ، وتوفي في الاشهر سنة سبع وستين ومائة وقيل اربع وخمسين وقيل تسع وستين ومائة انظر اخباره وترجمته في الجواهر المضية : ١/١٩٤-١٩٥ رقم ٤٥٢ ، تذكرة الحفاظ : ١/٢١٦-٢١٧ رقم ٢٠٣ ، تهذيب التهذيب : ٢/٢٨٥ ، خلاصة تذهيب الكمال : ٦٧ ، شذرات الذهب : ١/٢٦٢ ، طبقات ابن سعد : ٦/٢٦١ ، العبر : ١/٢٤٩ ، طبقات الحفاظ : ص ٩٢ رقم ١٩٣ ٠

وستأتي مسائل اخر فيها خلاف ٠

وانما يظهر هذا عند[٢١] اختلاف الدينين [حتى لا تجب نفقة المحارم عند اختلاف الدينين][٢٢] ؛ لانعدام[٢٣] أهلية الارث ٠

فرق بين النفقة وبين العتق عند الملك ، وحرمة الرجوع في الهبة ، فانهما يثبتان مع اختلاف الدينين ٠ [٢٨٧ب] ٠

والفرق أن الموجب للعتق عند الملك ، والمحرم ، للرجوع في الهبة المحرمية ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم :

« من ملك ذا رحم[٢٤] محرم منه فهو حر »[٢٥] ٠

---

(٢١) ص هـ ل : وانما يظهر هذا عندنا عند اختلاف الدينين ٠

(٢٢) الزيادة من سائر النسخ ، وقد سقطت من ك هـ ٠

(٢٣) ك ل : لانعدام الاهلية ٠

(٢٤) ل : من ملك ذا رحم منه فهو حر ٠

(٢٥) حديث « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر » رواه ابن ماجة في كتاب العتق باسنادين احدهما عن سمرة بن جندب والثاني عن ابن عمر وكلاهما بلفظ « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » (سنن ابن ماجة : ٢/٨٤٣ ، ٨٤٤ ، رقم ٢٥٢٤ ـ ٢٥٢٥) ورواه ابو داود في كتاب العتق (سنن ابي داود : ٤/٢٦ رقم ٣٩٤٩ ـ ٣٩٥٠) فجاء به عن سمرة مرفوعا وعن عمر بن الخطاب موقوفا ٠ ورواه أيضا في نفس الموضع عن الحسن مرسلا باسنادين (٤/٢٦ رقم ٣٩٥١ ـ ٣٩٥٢) وكلها بلفظ « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » ورواه الترمذي في الاحكام عن سمرة مرفوعا باسنادين وكلاهما بلفظ «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» قال وقد روي بعضهم هذا الحديث عن قتادة عن الحسن عن عمر شيئا من هذا ثم قال وقد روى عن ابن عمر (سنن الترمذي : ٢/٤٠٩ ـ ٤١٠ رقم ١٣٧٦ ـ ١٣٧٧) وانظر الحديث في كتاب العتق من جامع الاصول : (٩/٥٠ ـ ٥١ رقم ٥٩٠٥ ـ ٥٩٠٦) وكل هذه الروايات ليس فيها الجار والمجرور ، اعني لفظة منه ، التى وردت في المتن هنا ، فلتلاحظ ٠

والمحرمية لاتنعدم باختلاف الدينين ٠

فأما الموجب للنفقة المحرمية للوارث فلقوله[٢٦] تعالى :

« وعلى الوارث مثل ذلك »[٢٧] ٠

قرأ عبدالله بن مسعود رضي الله عنه : « وعلى الوارث ذي رحم[٢٨] محرم منه مثل ذلك » والوراثة تنعدم باختلاف الدينين ٠

فرق بين هذا وبين نفقة الولد[٢٩] فانها تجب[٣٠] ، وان كان مخالفا للاب في الدين ؛ لان ظاهر قوله تعالى « وعلى الوارث مثل ذلك »[٣١] ترك[٣٢] بقوله تعالى :

« وعلى المولود له رزقهن »[٣٣] ٠

اعتبر الولاد ، والولاد متحقق[٣٤] عند اختلاف الدينين ٠

[نفقة الصبي على ورثته الموسرين]

[١٣٦٢] ذكر عن الحسن بن صالح رحمه الله ، أنه قال :

---

(٢٦) ك : قوله ٠ هـ ل : لعوله ٠ ب : بقوله ٠

(٢٧) البقرة : ٢٣٣ ٠

(٢٨) س : على ذي الرحم المحرم ٠ ص : ذي رحم محرم مثل ذلك ٠ ب : ذي المحرم منه مثل ذلك ٠

(٢٩) س : الوالد ٠ هـ : الوالدين

(٣٠) ب : فانها تجب النفقة مع اخلاف الدينين فتجب وان كان مخالفا ٠

(٣١) البقرة ٢٣٣ ٠

(٣٢) ص : تركه ٠

(٣٣) البقرة : ٢٣٣ ٠

(٣٤) ب : مستحق ٠

اذا كان للصبي ورثة بعضهم موسر ، وبعضهم معسر[٣٥] ، اجبر الموسر بقدر سهمه من الميراث[٣٦] .

ولا نأخذ[٣٧] به .

فان عندنا النفقة كلها على الموسر .

فهو اعتبر الارث ، وأوجب بقدر الارث ، ونحن نعتبر ذا رحم محرم مع كونه اهلا للارث ، لكن اذا اجتمع الموسرون والمعسرون حتى وجبت النفقة على الموسرين ، فيعتبر المعسرون احيـــاء[٣٨] في حق اظهار قدر ما يجب على الموسرين .

ثم يجب الكل على الموسرين .

بيانــه :

اذا كان للصغير[٣٩] اخت لاب وام واخت لاب ، واخت لام ، وام[٤٠] . والاخت من الاب والاخت من الام معسرتان ، والاخت لاب[٤١] وام ، والام ، موسرتان ، فكل النفقة تجب[٤٢] عليهما ،

---

(٣٥) فـجك : وبعضهم معسر فقير .

(٣٦) قول الحسن بن صالح اذا كان للصبي ورثة بعضهم موســر وبعضهم معسر اجبر الموسر بقدر سهمه من الميراث رواه الطحاوي عنه بلفــظ النفقة على كل وارث بقدر ميراثه الا الابوين على الولد والولد على الابويــن (اختلاف الفقهاء ص ٢٦٠) .

(٣٧) ك : ولا يؤخذ به .

(٣٨) قوله (احياء) ليس في صب .

(٣٩) عبارة بس : اذا كان للصغير اخت لاب وام واخت لام والاخت من الاب والاخت من الام معسرتان والاخت من الاب والام موسرتان (كذا) فكل النفقة تجب عليها وفي هذا التعبير سهو لا يخفى .

(٤٠) قوله (وام) ليس في فص .

(٤١) ص : للاب والام .

(٤٢) ب : عليهما تجب .

لكن على اربعة اسهم ، ثلاثة اسهم على الاخت لاب وام[٤٣] ، وسهم على الام ، ولا يلحقان بالاموات بل يعتبران لاظهار النصيب، ثم يسقط نصيبهما[٤٤] لعسرتهما ٠

وانما يلحق[٤٥] بالاموات من لو[٢٨٨آ] كان مع المعسرين[٤٦] حيا لا يرث معهم شيئا ٠

اما اذا كان يرث فلا يلتحق بالاموات ، بل يعتبر لاظهار النصيب ، ثم يسقط نصيبه لعسرته ٠

[١٣٦٣] ذكر عن يحيى قال :

سألت شريكا[٤٧] عن اخوين صبيّين لهما عم موسر ، وهما معسران ٠ قال : يجبر العم على نفقتهما ٠

---

(٤٣) ب : للاب والام ٠

(٤٤) ف : نصيبها ٠

(٤٥) فجص : يلحقان ٠

(٤٦) بصسهف : مع الموسرين وما اثبتناه عن كل ٠

(٤٧) جف : شريحا ٠ وشريك هو القاضي شريك بن عبدالله بن ابي شريك النخعي ابو عبدالله الكوفي ، أحد الاعلام ، تولى القضاء بالكوفة ايام المهدي ، ثم عزله الهادي ، وكان عالما فقيها محدثا فطنا ذكيا فهما عادلا في قضائه مصيبا ، حاضر الجواب ، روى عن زياد بن علاقة ، وبيان بن بشر ، وحبيب بن ثابت ، وابي اسحق السبيعي واخرين ، وعنه عباد بن العوام وابن المبارك ، وابو بكر بن ابي شيبة وغيرهم قال يحيى بن معين : صدوق ثقة الا انه اذا خالف فغيره احب الينا منه ولد سنة خمس وتسعين ببخارى ومات سنة سبع وسبعين ومائة ٠ انظر تاريخ بغداد : ٢٧٩/٩ ، تذكرة الحفاظ : ٢٣٢/١ رقم ٢١٨ خلاصة تذهيب الكمال : ١٤٠ ، شذرات الذهب : ٢٨٧/١ ، العبر : ٢٧٠/١ ، وفيات الاعيان : ٢٢٥/١ ، طبقات الحفاظ : ٩٨ رقم ٢٠٧ ، البداية والنهاية : ١٧١/١٠ ٠ ادب القضاء لابن ابي الدم حاشية ص١٤ ٠

وقال الحسن بن صالح رحمه الله : لا يجبر العم على نفقة واحد منهما ٠

فالحسن رحمه الله اعتبر الارث ، والعم لا يرث منهما ؛ لان كل واحد منهما يرث الآخر ٠

وشريك رحمه الله اعتبر [كونه][48] ذا رحم محرم ، وكونه أهلا للارث ٠

وبقول شريك اخذ علماؤنا رحمهم الله ٠

[١٣٦٤] ذكر عن سفيان رحمه الله في صبي له اخوان احدهما موسر والآخر معسر ، قال[49]: ينفق الموسر وحده على الصبي ٠

وعلى قول الحسن يعتبر الارث ، فيجب[50] على الموسر نصف نفقته ٠

وبقول سفيان رحمه الله اخذ علماؤنا رحمهم الله ؛ فان المعسر ملتحق[51] بالاموات في حق استحقاق كل النفقة ، غير[52] ملحق بالاموات في حق اظهار النصيب عند الحاجة الى القسمة على الموسرين ٠

---

(٤٨) الزيادة من فجمس ٠

(٤٩) فجم : قال سفيان الموسر وحده ينفق على الصبي ٠

(٥٠) فجم : حتى يجب على الموسر ٠

(٥١) لهـ : غير ملحق ٠

(٥٢) ف : غير انه ملحق ٠

[عودة الى اعطاء الزكاة لمستحق النفقة]

[١٣٦٥] ذكر عن سفيان رحمه الله قال :

لا تعط زكاتك من تجبر على النفقة عليه ·

ولا نأخذ به ·

وقد مر هذا الكلام في آخر باب[٥٣] نفقة المرأة[٥٤] ·

[هل يجبر الوارث على نفقة من يرثه اذا كان له قوة العمل ؟]

[١٣٦٦] ذكر عن الحسن رحمه الله قال :

يجبر الوارث على نفقة من يرثه ، وان[٥٥] كان له قوة العمل، اذا كان[٥٦] لا يحسن العمل ·

لانه اذا كان لا يحسن العمل فالناس لا يستعملونــــه ، ولا يأمرونه بالعمل ، فيصير هو كالعاجز عن الكسب بسبب المرض والزمـــانـــة ·

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله :

[الرجل][٥٧] الصحيح قد لا يقدر على الكسب لخرقه[٥٨]، أو لكونه من أهل البيوتات ، فيكون عاجزا عن الكسب فاذا كان هكذا كانت نفقته على الاب ·

---

(٥٣) ص : باب النفقة على المرأة ·

(٥٤) هذه المسألة من اولها الى هنا سقطت من فـجم · وقوله : وقد مر هذا الكلام في آخر باب نفقة المرأة قلت انظر الفقرة ١٢٨٣ ·

(٥٥) ب : وان كان به قوة · هـ : وان كان في قوة ·

(٥٦) ص : الا اذا كان ·

(٥٧) الزيادة من سائر النسخ ·

(٥٨) كهبص : بحرفة · سفجم : لخوفه · ولعل ذلك تصحيف ، وما اثبتناه عن ل ·

وهكذا قالوا في طالب العلم اذا كان لا يهتدي الى الكسب لا تسقط نفقته عن الاب ، بمنزلة الزمن والانثى ٠

[١٣٦٧] [و][٥٩] ذكر [٢٨٨ب] صاحب الكتاب رحمه الله اخبارا كثيرة ، بعضها معاد محض ، وبعضها لا فائدة من ذكره[٦٠] ، وفي بعضها ضرب فائدة ، فتذكر ما فيه فائدة :ـ

[النفقة على الجد والاب حي فقير ومن على هذه الصورة]

[١٣٦٨] ذكر عن يحيى رحمه الله قال :

سالت شريكا[٦١] : أيجبر ابن الابن على النفقة على الجد ابي الاب والاب حي فقير ؟ ٠

قال : نعم ٠

قلت : أيجبر الجد على النفقة على ابن الابن والابن فقير ؟

قال : نعم ٠

وبه نأخذ ٠

لان الفقير يلحق بالميت في حق استحقاق النفقة على الموسر ٠

وعلى قول الحسن بن صالح : لا يجبر ٠

لما قلنا ، انه يعتبر الارث ٠

قلت : أيجبر على نفقة ابي الام ؟ ٠

قال شريك أولا : لا[٦٢] ٠

---

(٥٩) الزيادة من ب ف ص ج م ٠

(٦٠) ك : من ذكرها ٠

(٦١) ف : شريحا ٠

(٦٢) س : لا يجبر ٠

لانه لا يرثه ·

ولا نأخذ به ·

وانما نأخذ بما قال بعد ذلك : انه لمن[٦٣] ولده ·

وهذا اشارة الى قرب القرابة · وهذا لانه لا عبرة للارث عندنا ، انما العبرة لقرب[٦٤] القرابة ، وقد وجد ·

قلت : أيجبر على نفقة جدته ام أمه وهو لا يرثها ؟ ·

فقال : اذا كان لو ملكها عتقت ·

وهذا اشارة الى قرب القرابة ·

وبه نأخذ ·

قال : قلت : فالاخت المحتاجة اذا كان لها منزل تسكنه ، أيجبر الاخ على نفقتها ؟ ·

قال : لا ·

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله : لا نأخذ به ؛ فان[٦٥] هذا ليس مذهبنا ، انما هو مذهب شريك وبعض العلماء رحمهم الله ، فانهم يقولون : اذا كان للانسان دار يسكنها ، او خادم يخدمه ، أو ظهر يركبه ، لا تفرض نفقته على ذوي رحمه ، بل يبيع داره ، ويسكن دارا بكراء[٦٦]، ويبيع خادمه ، ويخدم نفسه بنفسه ، ويبيع الظهر ، ويمشي برجليه ، فاذا لم يبق شيء من ذلك فحينئذ يفرض نفقته على ذوي رحمه[٦٧] ·

---

(٦٣) س : من ولده ·

(٦٤) ص : بقرب ·

(٦٥) فجم : فان كان هذا ·

(٦٦) س : دارا بالاجرة ·

(٦٧) سهـ : على ذوي محارمه ·

وفرق هؤلاء بين ذوي الارحام ، وبين الوالدين والمولودين ؛ فان الاب والولد الزمن[٦٨] ، اذا كان له دار ، أو خادم ، أو دابة، فانه يفرض نفقته على الابن والوالد[٦٩] .

وقد ذكر[٧٠] في الباب الذي يلي هذا الباب عن شريك رحمه الله قولا آخر أنه يجبر ، كما هو مذهبنا ، فان المذهب عندنا ان الكل سواء في انه تفرض النفقة له ، الا ان يكون في المسكن[٧١] فضل ، نحو[٧٢] أن [٢٨٩آ] يكفيه ان يسكن ناحية منه[٧٣] ، فيؤمر ببيع الفضل ، وينفق ثمنه على نفسه ، فاذا آل الامر الى تلك الناحية التي يسكنها تفرض نفقته على ذوي رحمه .

وكذا اذا كانت له دابة نفيسة ، يؤمر أن يبيع ، ويشتري أوكس منها[٧٤] ، وينفق الفضل على نفسه ، فاذا آل الامر الى الاوكس تفرض النفقة على ذوي رحمه .

ويستوي في هذا الوالدون والمولودون وسائر المحارم وقد ذكر[٧٥] في الباب الذي يلي هذا الباب عن[٧٦] شريك

---

(٦٨) ب : والولد الذمي .
(٦٩) ب : على الاب والولد .
(٧٠) صف : وقد ذكرنا .
(٧١) س : في السكنى .
(٧٢) هـ : يجوز ان يكفيه .
(٧٣) س : فيه .
(٧٤) ب : ويشتري الاوكس وينفق . هـ : ويشتري الاوكس منها وينفق . س : ويشتري له دونها .
(٧٥) فص : وقد ذكرنا .
(٧٦) فص : ذكر عن شريك .

رحمه الله انه فـــرض[٧٧] لرجـل مريـــض نفقـــه على الاب[٧٨] . فلما برئ[٧٩] جاء يطلب النفقة ، فقال له شريك : اذهب[٨٠] فاطلب لنفسك •

فان[٨١] الموجب للنفقة بعد بلوغ الابن العذر وقـد زال ذلك العذر •

[لا تشترط الزمانة في الاجبار على نفقة الاب اذا كان لا يكتسب]

[١٣٦٩] قال :

وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا أجبر احدا أن ينفق عـلى أحد من الرجال الا ان يكون بالرجل الذي يطلب النفقة زمانة ، الا الاب والجد ، فاني اجبر الولد[٨٢] على النفقة على ابيه ، وان لم يكن بالاب زمانة ، اذا كان ممن لا يكتسب •

لان النفقة انما تفرض على ذوي الارحام اذا كان عاجزا عن الكسب ، والعجز عن الكسب انما يثبت بالزمانة •

فاما نفقة الوالدين فانما تفرض عنـــد العسرة[٨٣] ، والعسرة تتحقق مع الصحة •

---

(٧٧) س : يفرض •

(٧٨) س : على ابيه •

(٧٩) س : فلما تعافى وطلب النفقة •

(٨٠) س : اذهب واكتسب لنفسك •

(٨١) هـف : لان الموجب •

(٨٢) ص : فاني اجبر الاب على النفقة على ابنه •

(٨٣) ف : عند الميسرة وهو سهو •

[الجد كالاب في الاجبار على الانفاق عليه]

[١٣٧٠] قال :

وكذلك الجد اذا كان الاب ميتا[٨٤] ، أو فقيرا ، والجد من قبل الام بمنزلة الجد من قبل الاب في النفقة •

لما قلنا •

[لا يجد المسلم على الانفاق على أحد من أهل الذمة الا على الوالد والولد والجد ومن في حكمهم]

[١٣٧١] قال :

ولا يجبر احد من المسلمين على[٨٥] أن ينفق على احد من أهل الذمة ، الا على الوالدين ، والولد ، وولد الولد ، وان سفلوا ، والجد ، والجدة ، والاجداد ، والجدات ، وان ارتفعوا •

والفرق بينهما ما مر من قبل •

[لا يجبر المسلم على الانفاق على أحد من أهل الذمة الا على الوالد

[١٣٧٢] قال :

ويجبر المسلم على النفقة على امرأته النصرانية •

لان الاستحقاق سببه[٨٦] النكاح ، والنكاح[٨٧] ثابت •

---

(٨٤) ف : اذا كان الابن غنيا او فقيرا •

(٨٥) ف : ولا يجبر احد من المسلمين على احد من اهل الذمة ••

(٨٦) صفهس : بسبب النكاح • ب : سبب النكاح •

(٨٧) من هنا بداية ما سقط من نسخة س ، ويستمر ذلك حتى منتصف المسألة ١٣٧٦ •

[١٣٧٣] قال :

[مقدار النفقة على الابناء]

ولو أن رجلا محتاجا ، وله ابنان احدهما موسر مكثـــر ، والآخر متوسط الحال ، كانت النفقة عليهما ، يجعل [٢٨٩ب] على الموسر المكثر من ذلك اكثر[٨٨] مما يجعل على الآخر ٠

هكذا قال صاحب الكتاب رحمه الله ههنا ، وفي كتـــاب النفقات ٠

وذكر محمد رحمه الله في المبسوط وقال : انه يكون بينهما على السواء ٠

لان العبرة لليسار ٠ فاذا كان كل واحد منهما موسرا كانت النفقة عليهما على السواء ٠

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله :

قال مشايخنا رحمهم الله : انما تكون النفقة عليهما سواء اذا تفاوتا تفاوتا يسيرا،اما اذا تفاوتا تفاوتا فاحشا [فانه]يجوز ان يتفاوتا في قدر النفقة ٠

[١٣٧٤] قال[٨٩] :

ولو ان مسلما له ابنان : احدهما مسلم ، والآخر ذمي ، وهما جميعا موسران ، فنفقته عليهما جميعا ، وان كان الارث لا يجري بين الكافر والمسلم ٠

---

(٨٨) هـ : يجعل على الموسر من ذلك اكثرها قال صاحب الكتاب ٠٠٠

(٨٩) سقطت هذه المسألة من س ٠

لان الوراثة في نفقة الوالد غير معتبرة ؛ فان وجوب نفقة الوالد باعتبار الولاد ، وذلك متحقق[٩٠] في حق الكافر والمسلم جميعا ٠

واستدل صاحب الكتاب رحمه الله في الكتاب لهذا الفصل بمسائل ؛ ان العبرة ليست للارث ، قال :

الا ترى أن الرجل اذا كان له ابن وبنت[٩١] ، وهما موسران، كانت نفقته عليهما نصفين ؛ لاتحاد معنى الولاد ، وان كان الارث بينهما أثلاثا ٠

وكذلك رجل له بنت[٩٢] اخ ، وهما موسران ، ان[٩٣] النفقة له على ابنته خاصة دون الاخ [وان[٩٤] كان] يرثه ٠

وكذا[٩٥] اذا كان له بنت ومولى عتاقة ، وهما موسران ، كانت النفقة على البنت دون المولى ، وان كان الميراث بينهما ٠

وكذا اذا كان له ابن نصراني ، واخ مسلم ، وهما موسران ، وهو زمن ، فنفقته على الابن ، [وان كان][٩٦] الميراث للاخ ٠

---

(٩٠) فص : مستحق ٠

(٩١) هـ وابنة ٠

(٩٢) هـ وابنة ٠

(٩٣) هـ : ان نفقته على ابنته ٠

(٩٤) هـ : وان كان الاخ يرثه ٠ وقد سقطت هذه العبارة من الاصل ومن ل ٠

(٩٥) ك : وهذا ٠ هـ : وكذلك ٠

(٩٦) الزيادة من فجم وقد سقطت من الاصل وسائر النسخ ٠

وكذا المرأة المعسرة اذا كان لها بنت[٩٧] واخت ، وهما موسرتان ، وهي زمنة ، فنفقتها على البنت ، دون الاخت ، والميراث بينهما .

ومسائل أخر تأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى .

[الاجبار على الانفاق على الاب المحتاج والاخوة الصغار]

[١٣٧٥] قال[٩٨] :

ولو أن رجلا محتاجا له اولاد صغار محاويج[٩٩]، وله ابن كبير موسر ، أجبرت[١٠٠] الابن على ان ينفق على ابيه وعلى اخوته الصغار [٢٩٠آ] .

اما نفقة الاب فلأنه معسر .

واما نفقة الاخوة[١٠١] فلأن الاب اذا كان معسرا كان في الحكم كالهالك ، ولو لم يكن لاخوته الصغار اب كانت نفقتهم عليه ، كذا هذا[١٠٢] .

[الانفاق على امرأة الاب وام ولده]

[١٣٧٦] قال[١٠٣]:

ولو كان[١٠٤]للرجل زوجة ، وليست بام لابنه الكبير[١٠٥]،

---

(٩٧) فجمهـ : ابنة .
(٩٨) سقطت هذه المسألة من س .
(٩٩) ب : محتاجين .
(١٠٠) ص : اجبر .
(١٠١) ب : الاخوات .
(١٠٢) ص : كذا هذا أولى .
(١٠٣) سقطت هذه المسألة من س وثبت بعضها على حاشيتها .
(١٠٤) ص : فان كان .
(١٠٥) ك : الكبيرة . (وهو سهو) .

لم يجبر الابن على ان ينفق على امرأة ابيه • وكذلك أم ولده[١٠٦]، لا يجبر على النفقة عليها •

لان نفقة الاب انما وجبت بسبب القرابة ، ولا قرابة بينه وبين امرأة ابيه[١٠٧] [ولا بينه][١٠٨] وبين ام ولده ، فلا يجبر على النفقة عليهما ، الا أن يكون بالاب[١٠٨*] علة لا يقدر [معها] على خدمة نفسه ، فيحتاج الى من يخدمه ، ويقوم بشأنه ، فاذا كان كذلك أجبر الابن على أن ينفق على الذي يخدمه ، زوجة كانت او أم ولد •

لان الاب لا يستغني عنها ، فصار ذلك من فروض حاجة الاب، فصار كنفقة الاب ، فجاز ان تستحق بقرابة الاب •

[نفقة الزوجة على الزوج وان كان لها ابن موسر من غيره]

[١٣٧٧] قال :

ولو ان امرأة معسرة لها ابن موسر ، ولها زوج ، وليس هو بالابن ، والزوج معسر ، كانت نفقتها على زوجها ، الا انه يؤمر الابن ان يقرضها على زوجها ، فاذا أيسر الزوج يرجع عليه بما أقرضها •

لان الزوجية تسقط النفقة على ذوي المحارم ؛ الا ترى ان الاب يفرض عليه نفقة ابنته المراهقة ، فاذا زوجها سقطت

---

(١٠٦) قوله (وكذلك ام ولده) أي ام ولد الاب •

(١٠٧) الى هنا نهاية ما سقط من متن س •

(١٠٨) الزيادة من ل وقد سقطت من ص ومحلها بياض •

(١٠٨*) هـ : الا أن يكون الاب لا يقدر •

نفقتهـــــا[١٠٩] ، الا أن [يكـــــون][١١٠] الـزوج هھنــا معسرا[١١١] ، ونفقة الزوجة لا تسقط بالاعسار ، فتجب النفقة عليه ، لكن يؤمر الاب[١١٢] بالاقراض ؛ لانه أقرب الناس اليها ، وهي محتاجة الى الاستدانة ، فتستدين من أقرب الناس اليها ٠

ثم قال في الكتاب :

قال الحسن بن زياد : وان ابي الابن ان يقرضها النفقــة فرضت[١١٣] لها عليه النفقة ، فاجبرته بدفع ذلك اليها ٠

لان الزوج لما كان معسرا ، وأبى الابن ان يقـــرض[١١٤] كان الزوج بمنزلة الميت ، فتفرض على الابن النفقة ٠

وانما ذكر قول [٢٩٠ب] الحسن ، لانه لم يحفظ في هدا عن ابي حنيفة رواية ٠

[النفقة على اولاد الابناء والبنات مع وجود الاخ]

[١٣٧٨] قال :

ولو أن رجلا[١١٥] له بنت بنت او ابن بنت ، وله أخ لاب وام ، كانت نفقته على ولد ابنته ، ذكرا كان او انثى وان سفل

---

(١٠٩) ب : نفقتها عنه لان الزوج ههنا معسر ٠

(١١٠) الزيادة من فـجم ٠

(١١١) كهل : معسر ٠

(١١٢) كلهـ : يؤمر الابن بالاقراض ٠

(١١٣) ف : فمرضت ٠

(١١٤) ل : يقرضها ٠

(١١٥) هـ : ولو ان رجلا له ابنة وله اخ ٠٠٠

ولد الولد وكانوا اولاد(١١٦) بنات او اولاد(١١٧) ابن فهم سواء في النفقة عليهم دون الاخ •

قال في الكتاب :

لانهم اولاد(١١٨) •

اشار الى ان العبرة بقرب(١١٩) القرابة والجدية ، لا للارث ؛ فان الميراث للاخ دون اولاد البنت •

[النفقة على البنت دون ابن الابن]

[١٣٧٩] قال(١٢٠) :

ولو أن رجلا له ابنة(١٢١) وابن ابن ، وهما موسران جميعا ، كانت نفقته على الابنة(١٢٢) خاصة •

قال في الكتاب :

لانها أقرب اليه •

اشار الى العبرة بقرب(١٢٣) القرابة ، وان كان الميراث بينهما •

---

(١١٦) هل : ولد بنات •

(١١٧) ه : ولد ابن • ل : وولد بنين •

(١١٨) هس : لانهم ولد • ل : لانهم من ولده •

(١١٩) س : لاقرب القرابة والمحرمية • ب : لقرب القرابة والجنسية •

(١٢٠) سقطت هذه المسألة من فجم •

(١٢١) س : بنت وابن وهما معسران (وهو سهو) •

(١٢٢) ب : كان نفقته على ابنة الابن خاصة •

(١٢٣) هب : لقرب •

[عود الى عدم اشتراط الزمانة في الاجبار على نفقة الاب والجد]

[١٣٨٠] قال :

ولا يجبر على ان ينفق على أحد من الرجال ليست بهم زمانة ، الا على والده ، أو جده ، فانه يجبر على أن ينفق عليهما ، وان لم يكن باحدهما زمانة •

والفرق بينهما ما مرّ •

[الاجبار على الانفاق على الاخ وابنائه الصغار وبناته الكبار]

[١٣٨١] قال :

ولو ان رجلا له أخ زمن محتاج ، ولاخيه الزمن اولاد صغار[١٢٤] او كبار اناث ، فان الرجل يجبر على نفقة اخيه ، واولاده الصغار ذكورا كانوا أو اناثا ، وعلى بنات اخيه ، وان كن نساء •

لان اباهم لما كان فقيرا صار كالهالك •

[النفقة على ولد العمات والاعمام والاخوال والخالات]

[١٣٨٢] قال :

ولا يجبر على نفقة[١٢٥] ولد عماته واعمامه ، وولد اخواله وخالاته •

قال[١٢٦] في الكتاب :

---

(١٢٤) س : صغار او كانوا اناثا •

(١٢٥) ب : ولا يجبر على النفقة على ولد عماته واعمامه وولد اخواله•••

(١٢٦) هسك : لانه قال في الكتاب • وما اثبتناه عن سائر النسخ •

لان هؤلاء ليسوا بذي رحم محرم منه ، وانما تجب النفقة على ذي الرحم المحرم منه •

ثم ذكر صاحب الكتاب مسائل ، واستدل بحديث عمر رضي الله عنه لبيان انه لا عبرة بالارث •

[الحكم اذا فرض القاضي للأب نفقة وكسوة ثم ضاعت]

[١٣٨٣] قال :

ولو ان رجلا فرض له القاضي [نفقة وكسوة] على ابنه[١٢٧]، فاعطاه نفقة شهر وكسوة سنة ، فضاع ذلك ، [فطلب من][١٢٨] ابنه[١٢٩] النفقة والكسوة [ثانيا][١٣٠] فانه يجبر[١٣١] على النفقة والكسوة ثانيا ، اذ كانت كسوته قد ذهبت •

فرق بين الاب والزوجة اذا ضاعت النفقة والكسوة [من][١٣٢] يدها ، فانها لا تستحق مرة اخرى حتى تمضي المدة •

والفرق : ان استحقاق النفقة والكسوة] فيما [٢٩١آ] عدا زوجات من القرابات ، باعتبار الحاجة ؛ ألا ترى انه متى كان غنيا لا يستحق ، ومتى ضاعت الكسوة ، فقد تجددت الحاجة •

---

(١٢٧) كفجم : ابيه •

(١٢٨) ما بين المكفين تخرّم من الاصل ك • وفي هـ : فضاع ذلك فطلب ابنه الكسوة والنفقة •

(١٢٩) كفجم : ابيه •

(١٣٠) الزيادة من س •

(١٣١) ب : فانه يجبر على ان يكسوه ثانيا اذا كانت نفقته قد ذهبت ، فرق بين •••

(١٣٢) هف : في يدها •

وأما الزوجة فلا تستحق باعتبار الحاجة ؛ ألا ترى أنها تستحق وان كانت موسرة ، وانما تستحق كفاية ، وبالضياع لم يتبين انها لم تكن كافية[١٣٣] في تلك المدة ، ولم يتبين ان القاضي اخطأ في قضائه في ذلك التقدير •

[الحكم اذا بقيت النفقة والكسوة قائمة بعد مضي الوقت المقرر]

[١٣٨٤] قال :

وان كسا الاب لسنة[١٣٤]، واعطاه نفقة شهر[١٣٥]، فمضت تلك المدة ، والنفقة والكسوة عند الاب ، فانه لا يعطيه نفقة ولا كسوة ، ما دام عنده ما ينفق ويكتسي[١٣٦] •

لان الحاجة لم تتجدد ، بخلاف الزوجة ، فانها اذا لم تستعمل الكسوة حتى ذهبت[١٣٧] المدة استحقت كسوة اخرى •

والله تعالى اعلم بالصواب



---

(١٣٣) س : في كفاية •

(١٣٤) ف : وان كسا الاب ابنته • سرکص : ابنه والتصحيح من نسخة هـ •

(١٣٥) ب : لشهر •

(١٣٦) ل : ويلبس •

(١٣٧) ب : حتى مضت المدة •

الباب الرابع والتسعون

في الرجل يطلب النفقة من ابيه أو من ذي رحم محرم[1] فيقول المطلوب : أنا فقير أيضا

[لا يجبر على النفقة الا القادر عليها]

[١٣٨٥] قال :

ولو ان رجلا محتاجا له ابن كبير ، فطلب[2] منه نفقة[3] ، ونازعه[4] في ذلك الى القاضي ، فقال الابن للقاضي : انا فقير أيضا ، وما عندي ما انفق على أبي فان القاضي لا يجبر الابن على النفقة[5] على ابيه الا ان يعلم انه يطيق ذلك ، وفي بعض النسخ : الا أن يعلم انه مضطلع[6] لذلك ، أي قادر .

لان شرط وجوب الانفاق القدرة عليه ، والاب يدعي عليه لنفقة ، فهو ينكر ، فعلى الاب ان يثبت الشرط بالحجة .

---

(١) س : من ذي رحم محرم منه فيدعي الفقر . وفي هـ : باب في الرجل يطلب النفقة من ابيه ثم سقط باقي العنوان .

(٢) ص : يطلب .

(٣) هـ : نفقته .

(٤) س : ورافعه الى القاضي .

(٥) ص : على نفقة ابيه .

(٦) ف : الا ان يعلم انه يستطيع .

[١٣٨٦] قال :

فان[٧]قال الاب : انه يكتسب ما يقدر أن ينفق عليّ معه ، فان القاضي ينظر في كسب الابن : فان كان فيه فضل عن قوته أجبر الابن على أن ينفق على ابيه من ذلك الفضل ٠

لان شرط وجوب النفقة على الابن ليس هو اليسار[٨] ، انما[٩] الشرط القدرة [على الانفاق] وقد وجد ٠

[هل يجبر الابن على نفقة ابيه اذا كان الابن غير قادر ؟]

[١٣٨٧] قال :

وان لم يكن في ذلك[١٠] فضل عنه ، فلا شيء عليه في الحكم ، لكن يؤمر من حيث الديانة ان لا يضيع والده ٠

وقال بعض العلماء : يجبر الابن [٢٩١ب] على أن يدخل الاب في قوته[١١] ، ويجعله[١٢] واحدا من عياله ، فينفق من[١٣] ذلك الكسب عليهم ، اذا كان ما يصيب الابن من ذلك القوت [ما][١٤] يقوم معه بدنه[١٥] ، ولا يضرّه اضرارا يمنعه من الكسب[١٦] ، او يقدر الاب على الكسب ، وعلى طلب قوته ٠

---

(٧) ص : وان ٠

(٨) ص : لان شرط وجوب النفقة على الابن هو اليسار (بسقوط ليس)٠

(٩) س : انما القدرة على الانفاق ٠

(١٠) س : وان لم يكن في كسبه فضل ٠

(١١) س : في مؤونته ٠

(١٢) ص،ك،ه : احدا ٠ وقد سقطت من س ٠

(١٣) س : من كسبه عليه ٠

(١٤) الزيادة من س ٠

(١٥) ف : يقوم معه بدونه ٠

(١٦) ص : من الكسب عليهم ٠

واحتج بحديث عمر رضي الله عنه : قال عمر رضي الله عنه :

لو اصابت الناس سنة[17] لادخلت على أهل[18] كل بيت عدتهم ، فانهم لن[19] يهلكوا على انصاف بطونهم[20] .

فاذا كان هذا الحكم الذي قضى به عمر في الجيران الاجانب ، ففي حق الاقارب اولى .

واحتج ايضا بقوله عليه الصلاة والسلام :

---

(١٧) ب : سنة القحط .

(١٨) ص : على أهل بيت .

(١٩) فـهـ : لم يهكلوا .

(٢٠) حديث عمر : لو اصابت الناس سنة لادخلت على اهل كل بيت عدتهم ، فانهم لن يهلكوا على انصاف بطونهم ، اخرجه ابن الجوزي عن عبدالله بن عمر ان عمر رضوان الله عليه قال عام الرمادة وكانت سنة شديدة ملحة بعد ما اجتهد في امداد الاعراب بالابل والقمح والزيت من الارياف كلها حتى محلت الارياف كلها مما جهدها ذاك، فقام عمر يدعو: اللهم ارزقهم على رؤوس الجبال، فاستجاب الله له وللمسلمين ، فقال حين نزل به الغيث الحمد لله فوالله لو ان الله تعالى لم يفرجها ما تركت اهل بيت من المسلمين لهم سعة الا دخلت عليهم معهم عدادهم من الفقراء، فلم يكن اثنان يهلكان من الطعام على ما يقيم واحدا (سيرة عمر بن الخطاب ص٥١) . وقد استشهد به المرحوم مصطفى السباعي كسند تشريعي لقانون الطوارىء من قانون التكامل المعاشي في اشتراكية الاسلام فقال : ولما كان عام المجاعة في عهد عمر ارسل الى ولاة الامصار ليمدوه بالطعام والاموال فارسل له كل وال ما استطاع ارساله وكان يوزع الطعام على الناس بالسواء ، ومما أثر عنه في تلك المحنة قوله : لو امتدت المجاعة لوزعت كل جائع على بيت من بيوت المسلمين فان الناس لا يهلكون على انصاف بطونهم ولكن الله كشف المحنة وعاد الرخاء بعد ذلك الى البلاد . هذا وامثاله هو السند التشريعي لقانون الطوارىء واحكامه (اشتراكية الاسلام دمشق ط٢ ص١٩٨) .

« طعام الواحد كافي الاثنين »[21] .

وعلماؤنا احتجوا بقوله[22] عليه الصلاة والسلام :

« ابدأ بنفسك ، ثم بمن تعول »[23] .

---

(٢١) ك ل س : كاف للاثنين وما اثبتناه عن سائر النسخ . وحديث « طعام الواحد كافي الاثنين » رواه مسلم من حديث جابر بلفظ « طعام الواحد يكفي الاثنين ، وطعام الاثنين يكفي الاربعة ، وطعام الاربعة يكفي الثمانية » (صحيح مسلم : ٣/١٦٣٠ رقم ١٧٩ ـ ١٨١ من الاشربة تسلسل ٢٠٥٩) وانظر صحيح مسلم بشرح النووي : (١٤/٢٢ـ٢٣) والترمذي عن جابر (سنن الترمذي : ٣/١٧٤ الباب ٢١ من الاطعمة رقم الحديث ١٨٨٠) قال وفي الباب عن ابن عمر . ورواه ابن ماجة عن جابر (سنن ابن ماجة : ٢/١٠٨٤ رقم الباب : ٢ من كتاب الاطعمة تسلسل ٣٢٥٤) وفيه اخرجه عن عمر بن الخطاب (نفس المصدر تسلسل ٣٢٥٥) ، وانظر جامع الاصول ـ كتاب الطعام : (٨/٢٥٨ رقم ٥٤٦٩) عن جابر ، وكل هؤلاء رووه بلفظ مسلم . ورواه عبدالرزاق عن ابن عمر بلفظه (المصنف : ١٠/٤١٨ رقم ١٩٥٥٧) ورواه عن ابن عمر الطبراني بلفظ « كلوا جميعا ولا تفرقوا فان طعام الواحد يكفي الاثنين وطعام الاثنين يكفي الاربعة » في المعجم الكبير ورواه في الاوسط بنحوه وفي اسناد الاوسط بحر السقاء وفي الآخر ابو الربيع السمان وكلاهما ضعيف ، وعن سمرة رواه البزار وفيه ابو بكر الهندي وهو ضعيف جدا (مجمع الزوائد : ٥/٢١) وفي الباب حديث ابي هريرة المتفق عليه بلفظ « طعام الاثنين كافي الثلاثة وطعام الثلاثة كافي الاربعة » رواه البخاري في الاطعمة (صحيح البخاري ٣/١٩٣ ـ ١٩٤) ومسلم (صحيح مسلم ٣/١٦٣٠ رقم ١٧٨ من الاشربة تسلسل ٢٠٥٨) وصحيح مسلم بشرح النووي : ١٤/٢٢) والترمذي في الاطعمة (سنن ٣/١٧٤ رقم الباب ٢١ حديث ١٨٨٠) ومالك في الموطأ (بشرح تنوير الحوالك : ٢/٢٣٣) وانظر جامع الاصول (حديث رقم ٥٤٦٨) وانظر مسند الامام احمد : ٢/٤٠٧ ، ٣/٣٠١ ، ٣٠٥ ، ٣٨٢ . وكشف الخفاء : (٢/٥١ رقم ١٦٥٥) .

(٢٢) ب : بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم .

(٢٣) حديث « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » قال ابن حجر : حديث « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » لم أره هكذا ، بل في الصحيحين من حديث ابي هريرة : « افضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وأبدأ ←

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

هذا اذا كان الابن وحده ٠

فان كان للابن زوجة واولاد صغار وباقي المسألة على حالها فان القاضي يجبر الابن على ان يدخل الاب في كسبه ، ويجعله كأحد العيال الذي ينفق عليهم ، ولا يجبر أن يعطى له شيئا[٢٤] على حـــدة ٠

فرق بين هذا وبين ما اذا كان الابن وحده ٠

والفرق : أن الابن اذا كان يكتسب[٢٥] مقدار ما يكفي له ولزوجته واولاده الصغار ، فاذا دخل الاب في طعامهم يقل الضرر؛ لان طعام الاربعة اذا فرّق على خمسة[٢٦] يقل الضرر ، اما اذا دخل الواحد مع الواحد[٢٧] في طعام الواحد يتفاحش الضرر[٢٨] ٠

[١٣٨٨] قال :

بمن تعول ٠٠٠ » ولمسلم عن جابر في قصة المدبر في بعض الطرق : « ابـــدأ بنفسك فتصدق عليها ، فان فضل شيء فلأهلك » ورواه الشافعي عن مسلم وعبدالمجيد عن ابن جريج اخبرني ابو الزبير انه سمع جابرا يقول : فذكر قصة المدبر وقال فيه : « اذا كان احدكم فقيرا فليبدأ بنفسه ، فان كان له فضل فليبدأ مع نفسه لمن يعول » (تلخيص الحبير : ٢/١٨٣ رقم ٨٧١) ونظر صحيح مسلم (٢/٦٩٢ ـ ٦٩٣ الحديث رقم ٤١ من كتاب الزكاة تسلسل ٩٩٧) ورواه النسائي في الزكاة (سنن النسائي : ٥/٦٩-٧٠) ٠

(٢٤) ف : ولا يجبر ان يعطى له بيتا ٠ ص : ولا يجبر له شيئا ٠

(٢٥) س : يكتسب ما يكفي ٠

(٢٦) س : على خمسة كفى ٠

(٢٧) س : مع الواحد تفاحش الضرر ٠ ب : اما اذا دخل الواحد في طعام الواحد يتفاحش ٠

(٢٨) قوله (اما اذا دخل الواحد في طعام الواحد يتفاحـــش الضرر) ليس في ص ٠

وان قال الاب : ان ابني هذا كسوب يقدر على أن يعمل حتى يكسب[29] ما يكفيه ويكفيني ، لكن[30] يدع العمل على عمد كي لا يفضل منه ما يعطيني منه شيئا ؛ يريد بذلك عقوقي ، نظر[31] القاضي في ما قال ·

و [طريق][32] ذلك : أن يسأل من أهل حرفته ؛ لان لهم نظرا[33] في هذا الباب ، فان تبين له ان [الامر][34] على ما قال الاب ، اجبر الابن على نفقة ابيه ، واخذه بذلك ·

لانه قصد الاضرار [٢٩٢آ] بالاب ·

وهذا اذا لم يكن الاب كسوبا ·

واما[35] اذا كان الاب كسوبا فهل يجبر الابن[36] على الكسب وعلى النفقة من كسبه ان كان[37] الابن يكتسب الزيادة ؟

ذكر الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي انه يجبر[38] ·

---

(٢٩) فهص : يكتسب ·

(٣٠) ب : ولكنه ·

(٣١) فب : ينظر ·

(٣٢) ب : وطريق النظر ، وما بين القوسين تخرّم في الاصل ك ·

(٣٣) كف : بصرا ·

(٣٤) ما بين القوسين مخروم في الاصل ك ·

(٣٥) ب : فان كان الاب ·

(٣٦) فكجمصب : هل يجبر الاب ·

(٣٧) جفكمسلص : ان كان الاب يكتسب الزيادة · هـ : ان كان لا يكتسب الزيادة · والتصحيح من ب ·

(٣٨) ب : يجب ·

قال لان الاب متى[٣٩] اشتغل بالكسب[٤٠] يلحقه التعب في ذلك ، بخلاف ذي الرحم المحرم ، فانه لا يستحق النفقة في كسب قريبه اذا كان هو كسوبا ، ولا على قريبه[٤١] الموسر اذا كان هو كسوبا •

وذكر الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني في شرح هذا الكتاب انه لا يجبر ؛ لان الكسوب لا يجبر على نفقة الكسوب كما في [نفقة][٤٢] ذي الرحم المحرم[٤٣] •

[هل يجبر الاخ على نفقة اخته اذا كان لها السكنى والخادم والمتاع ولا فضل في ذلك ؟]

[١٣٨٩] قال :

ولو ان امرأة لها منزل تسكنه ، و[٤٤]خادم يخدمها ، ومتاع لمنزلها ، ولا فضل في شيء من ذلك ، ولها أخ[٤٥] موسر ، أو رجل ذو رحم محرم يكتسب ما يفضل عنه وعن عياله ، فطلبت الاخت منه النفقة ، وقدمته في ذلك الى القاضي ، فان القاضي يجبر ذا الرحم المحرم على النفقة عليها ، أخا[٤٦] كان ، أو غيره •

---

(٣٩) س : متى ما تكسب • ل : اذا اشتغل •
(٤٠) ب : بشيء من الكسب •
(٤١) ص : ولا على قرابة الموسر •
(٤٢) الزيادة من س •
(٤٣) ب : كما في ذوي الرحم المحرم لا يجبر ان يعطى شيئا على حدة قال ولو ان امرأة لها منزل •••
(٤٤) ف : أو خادم •
(٤٥) فكصجم : ولها زوج موسر والتصحيح من سائر النسخ ومن السياق فانه سيقول : فطلبت الاخت منه النفقة •
(٤٦) بفجم : اذا كان اخا او غيره •

لانها لا تصير[٤٧] غنية بهذا القدر ؛ ألا ترى انه يحل لها أخذ الصدقة ؟ •

وهكذا قال محمد رحمه الله •

ولم يرو عن[٤٨] اصحابنا في هذا خلاف •

وقال بعض العلماء : لا يجبر الاخ •

وقد مرت المسألة في الباب المتقدم •

[لا يجبر الرجل على نفقة احد وهو موسر]

[١٣٩٠] قال :

ولا يجبر الرجل على النفقة على أحد وهو موسر •

هكذا ذكر في بعض النسخ ، والصحيح ان يقول : لا يجبر وهو معسر[٤٩] •

لان المعسر هو الذي لا تفرض عليه نفقة ذوي[٥٠] الارحام • اما الموسر[٥١] فتفرض عليه ، وبالاعسار لا تسقط عنه نفقة الزوجة والولد الصغير •

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(٤٧) ب : لانها تصير (بسقوط لا) وهو سهو •

(٤٨) ب : عن الصحابة •

(٤٩) قوله : (والصحيح ان يقول لا يجبر وهو معسر) قلت يصح ذلك اذا كانت الحال من نائب الفاعل اعني الرجل ، وربما اراد ان تكون الحال (وهو موسر) من لفظة (احد) فيكون كلام الماتن مستقيما ، فليلاحظ ذلك •

(٥٠) س : ذوي محارمه •

(٥١) هكص : اما المعسر وما اثبتناه عن سائر النسخ •

الباب الخامس والتسعون

في العبد[1] يتزوج وما يلزمه من نفقة

[١٣٩١] ذكر عن عامر في العبد يتزوج الحرة ، فتلد لـــه اولادا ، من يجبر على نفقتهم ؟ .

قال : عصبة الام .

اراد به نفقة الاولاد .

لان الاولاد احرار تبعـا لامهم ، ونفقة [٢٩٢ب] الحر لا تجب على العبد .

وهذا لان نفقة الاولاد انما تجب باعتبار الحاجة ، والولد الحر ان كان محتاجا فالعبد احوج منه .

واما نفقة الزوجة على العبد فتفرض[2]، وتكون في ذمته[3]، وان كانت المرأة حرة .

لان نفقة[4] المرأة انما تجب كفاية لها في العقد ، وفي مـــا يجب بالعقد العبد والحر سواء .

---

(١) س : في تزويج العبد .

(٢) ب : يفرض ذلك على العبد .

(٣) ب : رقبته .

(٤) س : لان نفقة الزوج .

ومتى لم تجب نفقة الاولاد على الاب تجب على الام ان كـــان نها مال ، فان لم يكن [لها][5] فعلى من يرث الاولاد من القرابة ، الاقرب ، فالاقرب ٠

هذا اذا كانت امرأة العبد حرة ٠

فان كانت أمة كانت نفقة[6] الزوجةعلى العبد[7] ان بوأها [المولى بيتا معه][8] ٠

واما نفقة الاولاد فعلى مولى الام ، لانهم مماليك لمولى الام ، فكانت نفقتهم عليه ٠

وان كانت امرأة[9] العبد مدبرة ، او ام ولد ، فالجـــواب فيها كالجواب في الأمة ٠

لاستحقاق النفقة[10]٠ الا بالتبوئة من المولى ٠

وان كانت امرأة العبد مكاتبة فنفقتها على العبد بوأها[11] المولى بيتا أو لم يبوئها[12]، لانها حرة[13] يدا فتتبوأ مع زوجها

---

(٥) الزيادة من هـ ٠

(٦) س : تجب نفقة الزوجة ٠

(٧) ص : على من بوأها ٠ هـ : على المولى ٠

(٨) الزيادة من س ب ٠

(٩) س : وان كانت امرأة مدبرة ٠

(١٠) فـجم : لاستحقاق النفقه بالتبوئه (بسقوط لفظة لا) ٠

(١١) ل : سواء بوأها ٠

(١٢) س : او لم يبوئها معه بيتا ٠ فـك : لم تبوأ ٠

(١٣) فـجم : لانها حرة مذ اقبلوا مع زوجها ٠ س : لانها حرة فيثبتوا مع زوجها وما اثبتناه عن بـكـهـل ٠

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

من غير تبوئه المولى ؛ كالمرأة الحرة ولا تشترط التبوئة من المولى لاستحقاق النفقة ٠

واما نفقة الاولاد [فانها][١٤] تكون على الام ٠

لان ولد المكاتبة يدخل في كتابها ؛ الا ترى انه[١٥] لو كسب كان الكسب لها تستعين على اداء بدل الكتابة ، فاذا كان كسبه[١٦] لها كانت نفقته[١٧] عليها ٠

والله تعالى اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(١٤) الزيادة من ل ٠

(١٥) ل ف ص : الا ترى انها لو اكتسبت ٠ ب : لو كسبت ٠

(١٦) ل ف ص هـ : كان كسبها لها ٠

(١٧) س : تجب نفقته عليها ٠ ف : نفقتها ٠ ل : نفقتهم عليها ٠

الباب السادس والتسعون

في امرأة المفقود وولديه وابويه[1] يطلبون النفقة من مال المفقود

[١٣٩٢] قال أبو يوسف رحمه الله : قال أبو حنيفة رضي الله عنه : اذا جات امرأة المفقود تطلب [النفقة فان القاضي ينظر في ذلك : فان كانت ورثته زوجته واولادا صغارا ذكورا أو اناثا[٣]، فطلبت][٤] النفقة[٥] لهــا ولاولادها ، ولــه مال ، فــان القاضي يأمر بالنفقة عليهم من ماله ، من غلة ان كانت ، أو من وديعة عند انسان ، أو دين [له][٦] على انسان [٢٩٣آ] ، بالمعروف ·

لان المرأة متى ظفرت بجنس حقها كان لها ان تأخذه[٧] ·

فان[٨] استعانت بالقاضي ، كان للقاضي ان يعينها على ذلك ·

---

(١) ك : وابيه ، ص : باب امرأة المفقود او ولده او ابيه يطلبون · ب : باب نفقة المفقود وولده وابويه · هـ : باب في امرأة المفقود وولده قال ابو يوسف (بسقوط جملة من العنوان) · وما اثبتناه عن فـجـمـسـل ·

(٢) هـ : زوجة وله اولاد · ل : زوجة واولاد · ب : زوجة لها اولاد ·

(٣) ف : اناث · ل : ذكورا واناثا ·

(٤) الزيادة من سهـبل ·

(٥) ب : أو طلبت النفقة ·

(٦) الزيادة من ل ·

(٧) س : ان تأخذ · ك : بأن تأخذها ·

(٨) ف : فان · هـ : اذا · ل : فاذا استغنت ·

فمتى اعطاها النفقة فهو مخير في ذلك ان استوثق منهم بكفيل فحسن ، وان لم يأخذ[9] منهم كفيلا فهو جائز ·

فرق أبو حنيفة بين هذا وبين اخذ الكفيل من الوارث حيث لا يجوز للقاضي أن يأخذ ·

والفرق : أن ثمة لو أخذ [كفيلا][10] لاخـــذه نظـــــرا للوارث[11] الآخر . وذلك مجهول ، فتكون كفالة للمجهـــول ، والكفالة للمجهول باطلة ·

اما ههنا فلو أخذ لأخذ[12] نظرا للزوج ، لانه يحتمـل[13] انها استوفت [منه][14] نفقتها مرة او اعترض[15] بما يوجب نفقتها ، والزوج معلوم فتكون كفالة للمعلوم ·

وهذا اذا كان النكاح معلوما عند القاضي ·

اما اذا لم يكن [معلوما و][16] للمفقود مال وديعة عند رجل و دين على رجل فالقاضي هل يأمره بالانفاق من الوديعة والدين ؟

---

(٩) هـ : لم يستوثق منهم كفيلا ·

(١٠) ل : لو اخذ الكفيل · ب : لو اخذ نظرا لوارث آخر والزيادة من س·

(١١) لف : لوارث آخر · س : للوارث الآخر الذي سيوجد عسى · وقد سقطت من ص ·

(١٢) ل : لو اخذه اخذه · ك : لو أخذ أخذ · فجم : لو اخذ نظر للزوج ·

(١٣) ب : لانه يجوز ان امهم قد استوفت نفقتها ·

(١٤) الزيادة من س ·

(١٥) هـ : او اعترض عليها بما · فل : او اعترض ما يوجب ·

(١٦) الزيادة من سل ·

ذكرنا هذه المسألة في كتاب المفقود . وفي كتاب النكاح في شرح المختصر[17] الكافي ٠

وهذا اذا كان ورثة المفقود زوجة واولادها صغار[18] -ذكورا][19] أو اناثا ٠

اما اذا كان ورثة[20] المفقود أخا[21]، أو اختا ، أو عمّا لم ينفق عليهم من ماله شيئا ، فرق بين نفقة الزوجة والاولاد والوالدين ، وبين نفقة المحارم ٠

والفرق : ان نفقة الزوجة والاولاد والوالدين متفق عليها ، فلم يكن الانفاق قضاء على الغائب ، بل يكون اعانة لهم على أخذ حقهم ٠

فاما نفقة المحارم فمختلف فيها ، فانما تجب بالقضاء ، فيكون الانفاق قضاء[على الغائب] ، والقاضي لا يقضي على غائب ليس عنه نائب[22] ٠

[١٣٩٣] قال :

فلو كان للمفقود اولاد كبار ، ان لم يكن بهم زمانة لا ينفق عليهم ٠

---

(١٧) س : في مختصر الكافي ٠

(١٨) ص : واولاد صغار ٠

(١٩) الزيادة من سهل وفي ص : ذكورا واناث ٠

(٢٠) سهـ : ورثته ٠

(٢١) سهصرف : فأخ او اخت او عم (كذا) ٠

(٢٢) ف : ليس له نائب ٠ ل : ليس فيه نائب ٠ ب : على الغائب الذي ليس عنه نائب ٠

لانه لو [٢٩٣ب] كان حاصرا لا تجب عليه نفقتهم ·

واما اذا كانت بهم زمانة فينفق[٢٣] عليهم مما ذكرنا من الاموال[٢٤] ·

لان الزمانة تعجزهم عن الكسب · كالصغر . والانوثة ·

ولو كان له أخ أو أخت أو عم بهم زمانة لا ينفق عليهم من ماله ·

والفرق ما ذكرنا . وما ذكر[٢٥] صاحب الكتاب ·

وان كان بأحد من هؤلاء زمانة أمر بالنفقة عليه ·

اراد به بعض من ذكرنا . وهم الاولاد الذكور الكبار دون الكل وهم[٢٦] الاولاد والاخ والاخت والعم ·

[١٣٩٤] قال :

واذا غاب الرجل وابوه محتاج هل لابيه أن يبيع من ماله لاجل النفقة ؟

فهذه المسألة[٢٧] تشتمل على فصول قد ذكرناها من قبل ·

[١٣٩٥] قال :

واذا سألت امرأة المفقود القاضي أن يجعل وكيلا في ماله ،

---

(٢٣) كف . ينفق · ومن قوله : (لانه لو كان حاضرا لا تجب ···) الى هنا ليس في هـ ·

(٢٤) هـ من الاقوال ·

(٢٥) س . ولم يذكر صاحب الكتاب ·

(٢٦) ص وهو الاولاد والزوج والاخت والعم ·

(٢٧) س فهذه المسائل تشتمل على فوائد ذكرناها من قبل ·

ليحفظ ماله ، ويؤاجر مستغلاته[٢٨] ، فالقاضي هل يسمع [منها ذلك][٢٩] ؟

فهذه المسألة مع ما بقي من مسائل الباب مسائل كتاب المفقود ، وقد ذكرناها ثمة[٣٠] .

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(٢٨) ص : مشتغلا به (وهو تصحيف) .

(٢٩) الزيادة من ل .

(٣٠) ب : وذكرناها من قبل .

الباب السابع والتسعون

في نفقة المرأة يشهد[1] الشهود على طلاق زوجها اياها . أو الأمة[2] يدعيها الرجل وهي في يدي آخر وتدعي هي الحرية

[نفقة المرأة التي يشهد الشاهدان على طلاقها]

[١٣٩٦] قال :

ولو ان شاهدين شهدا على رجل انه طلق امرأته ثلاثا ، وقد كان دخل بها ، وهي تدعي الطلاق ، أو تنكر[3] ، فانه ينبغي للقاضي ان يمنع الزوج من الدخول عليها ٠

لان هذا شهادة قامت على حق الله تعالى وهو تحريم الفرج ، فلا يشترط لقبولها الدعوى ٠

فاذا قبلت عزل القاضي المرأة عنه ، أو[4] يجعل معها امرأة ثقة عدلة ، تمنع الزوج من الدخول عليها ، ليسأل [عن][5] الشهود عدولا او غير عدول ٠

---

(١) س : وقد شهد الشهود على طلاقها ٠

(٢) ل . والامة (بالواو) ٠

(٣) ل ٠ او تنكره ٠

(٤) س ويجعل ٠

(٥) الزيادة من س ٠ ومن ب . ليسأل الشهود سواء كانوا عدولا او غير عدول ٠ فك : ليسأل الشهود سواء كان عدلا او غير عدل ٠

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

[١٢٩٧] قال :

فان طلبت المرأة النفقة من الزوج ، وهي تقول : طلقني ، أو تقول : لم يطلقني ، أو تقول : لا أدري طلقني أو[٦] لم [٢٩٤آ] يطلقني ، فهذا على وجهين :

أما ان كان الزوج لم يدخل بها ٠

او دخل بها ٠

ففي الوجه الاول : القاضي لا يقضي لها بشيء من النفقة ؛ لأنا[٧] نتيقن أنه لا نفقة لها ؛ لان الطلاق ان وقع عليها فهي مبانة من[٨] غير عدة ، فلا تجب[٩] لها نفقة ٠

وان لم يقع عليها فهي محبوسة عن الزوج ، والمنكوحة متى حبست عن الزوج لا تستحق النفقة ٠

وفي الوجه الثاني : القاضي يقضي لها بمقدار نفقة العدة الى أن يسأل عن الشهود ٠

لانه ان وقع الطلاق عليها كان لها نفقة العدة ، وان لم يقع لم يكن لها نفقة النكاح ؛ لانها محبوسة عن الزوج ، فاذا احتمل يقضي لها بنفقة العدة الى أن يسأل عن الشهود ٠

---

(٦) س : اطلقني ام لا فهذا على وجهين ٠

(٧) ب : لانا تيقنا ٠ س : لانه لا نفقة لها ٠ وقد سقطت هذه العبارة من ص ٠

(٨) لس : في غير عدة ٠

(٩) ل ٠ فلا تثبت لها نفقة ٠

فان تطاولت المسألة عن الشهود حتى انقضت[10] العدة ، لم يزدها[11] القاضي على نفقة العدة شيئا ؛ لأنا تيقنا[12] أن لا نفقة لها ؛ لأنه ان وقع الطلاق عليها فقد انقضت عدتها[13] ، وان لم يقع[14] فهي ممنوعة من الزوج ٠

[١٣٩٨] قال :

فان عدلت البينة فرق بينهما ، ويسلم[15] لها ما أخذت من النفقة ٠

لانه [متى][16] تبين انها معتدة اخذت نفقة العدة ، فتكون[17] آخذة بحق ، فيسلم لها ٠

[١٣٩٩] قال :

وان لم تعدل البينة ردت المرأة الى زوجها فيرجع[18] الزوج على المرأة بما أخذت[19] منه من النفقة ٠

لانه تبين[20] أنها منكوحة محبوسة عن الزوج ، فلم يكن

---

(١٠) ب : حتى مضت ٠
(١١) س : لم يزد لها القاضي ٠
(١٢) كف : لانا تبينا ٠
(١٣) س : فقد انقضت العدة ٠
(١٤) كف : وان لم يقع عليها ٠
(١٥) هس : وسلم ٠
(١٦) الزيادة من فجمصب ٠
(١٧) فب : فيكون اخذها ٠
(١٨) كل : فرجع ٠
(١٩) ل : اخذته ٠
(٢٠) ب : لانه تبين انها كانت منكوحة ٠٠ س : بما اخذت منه لانه ثبت انها كانت منكوحة محبوسة ٠٠٠

لها نفقة النكاح . فكان[21] احدها بغير حق . فيجب عليها الرد •

[نفقة الأمة التي يشهد الشاهدان على حريتها]

[١٤٠٠] قال :

ولو ان أمة في يدي رجل شهد شاهدان على حريتها . وهي تدعي ذلك ، أو تنكره ، فوضعها القاضي على يدي عدل ، فطلبت النفقة ، حتى يسأل [عن][22] الشهود . فان القاضي يفرض لها على الذي كانت في يديه [٢٩٤ب] النفقة •

لأن نفقة الامة انما تجب على المولى باعتبار الملك ، والملك باق ، اكثر ما في الباب انها محبوسة عن المولى ، لكن الموجب للنفقة مجرد الملك ، لا قيام المولى عليها ، بخلاف الزوجة •

لأن[23] الموجب للنفقة قيام الزوج عليها •

[١٤٠١] قال :

فان اخذت النفقة اشهرا[24] . ثم عدلت البينة ، فحكم القاضي بحريتها . فان[25] الذي كانت في يده يرجع[26] عليها بما اخذت من النفقة ان ادعت الحرية من قبل مولاها أنه اعتقها ، أو ادعت انها حرة الاصل ، أو لم تدع ذلك •

---

(٢١) س · فتكون اخذت •

(٢٢) الزيادة من ل •

(٢٣) هـ لان موجب النفقة • ب لان الموجب للنفقة ثم قيام الزوج •

(٢٤) س · لشهر •

(٢٥) س فان للذي كانت في يديه أن يرجع •

(٢٦) ب رجع • س ان يرجع •

لان القاضي انما يقضي بحريتها من الوقت الذي شهد[٢٧] به الشهود ، فينعدم الموجب للنفقة من ذلك الوقت ، وهو الملك • فتبين[٢٨] انها اخذته بغير حق •

[١٤٠٢] قال :
وان لم تعدل[٢٩] البينة وردها القاضي الى مولاها بطلت تلك النفقة التي اخذتها[٣٠] •

لانه تبين انها اخذتها بحق[٣١] •

[نفقة المرأة التي يشهد الشاهدان انها اخته من الرضاع]

[١٤٠٣] قال :

ولو أن رجلا تزوج امرأة ، فطالبته بنفقتها ، ففرض لها القاضي عليه نفقة ، فأخذت ذلك اشهرا[٣٢] ، ثم شهد الشهود انها اخته من الرضاع ، فانه يفرق بينهما ، ويرجع الزوج عليها بما اخذت منه من النفقة •

لانه تبين ان[٣٣] اخذها [كان] بغير حق •

وهذا اذا فرض لها القاضي عليه نفقة •

---

(٢٧) س : شهدت •
(٢٨) س : فتعين •
(٢٩) س : واذا لم يعدلوا الشهود فردها القاضي •••
(٣٠) س : اخذت • هـ : اخذته •
(٣١) س ص : اخذت بحق • ف ج : اخذت لا بحق • ب : اخذت بغير حق •
(٣٢) س : شهرا •
(٣٣) ب س : لانه تبين انها اخذت بغير حق • ل : انها اخذتها بغير حق •

اما اذا انفق عليها مسامحة من غير فرض القاضي ، لم يرجع الزوج عليها بشيء ·

[نفقة الأمة التي وضعها القاضي على يدي عدل]

[١٤٠٤] قال :

ولو أن أمة في يدي رجل ادعى رجل أنها أمته ، واقام على ذلك شاهدين ، والذي في يديه ينكر ذلك ، فوضعها القاضي على يدي عدل امرأة ثقة حتى يسأل عن الشهود ، فطلبت النفقة ، فان القاضي يجبر الذي كانت في يديه على النفقة عليها ·

لأن الموجب للنفقة الملك ، والملك باق فيها ، ما لم يتصل بهذه الشهادة القضاء ·

فان قيل : ينبغي أن يجبر القاضي المدعي على [٢٩٥آ] النفقة، لانه يزعم انها أمته . قيل له : لو اجبره[٣٤] كان قضاء بالنفقة عليه ، والقضاء بالنفقة عليه قضاء بالملك له ، والقضاء بالملك له من غير حجة لا يجوز · فاذا[٣٥] أجبر الذي كانت في يديه فبه ابقاء ما كان على ما كان ·

[١٤٠٥] قال :

فان انفق عليها أشهرا فلم تزك البيّنة ، فردها[٣٦] القاضي عليه ، لم يكن له على المدعي شيء[٣٧] من ذلك ·

---

(٣٤) س : لو اجبره على النفقة عليها كان قضاء ·

(٣٥) س : فاما اذا اجبر الذي كانت في يديه كان فيه ابقاء ···

(٣٦) ف : وردّه ·

(٣٧) سف : شيئا ·

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

لانه تبين ان هذا الرجل انما انفق على جاريته ، فلا يكون له حق الرجوع بها على أحد •

[١٤٠٦] قال :

فان زكيت البينة فقضى بها القاضي للمدعي ، لم يكن للذي انفق عليها على المدعي سبيل في[٣٨] قياس [قول][٣٩] ابي حنيفة رحمه الله • وفي[٤٠] قياس قولهما يرجع بالنفقة عليها • وتباع الامة في ذلك ، الى ان يفديها المدعي •

وهذا الاختلاف بناء[٤١] على مسألة اخرى في كتاب الديات أن عند ابي حنيفة رحمه الله جناية المغصوب على الغاصب وعلى مال الغاصب هدر ، وعندهما معتبرة •

فاذا ثبت هذا فنقول :

لما قضى القاضي بالجارية للمدعي تبين انها مغصوبة ، والمدعى عليه غاصب ، وقد تناولت[٤٢] من مال الغاصب ، فكان هذا جناية المغصوب على مال الغاصب ، فيكون هدرا[٤٣] عند ابي حنيفة ، معتبرا عندهما •

ثم عندهما اذا بيعت الامة او فداها المدعي بالنفقة رجع المدعي على المدعى عليه بالاقل من قيمتها ومن النفقة •

---

(٣٨) س : على قياس قول ابي حنيفة •

(٣٩) الزيادة من س‌هـ •

(٤٠) هـ‌ك‌ف : واما في قياس قولهما رجع بالنفقة عليها • ل : واما قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يرجع بالنفقة عليها •

(٤١) ف‌ج‌م : بناء وما اثبتناه عن ك‌ل‌هـ‌ص‌ب وقد سقطت من س •

(٤٢) س : وقد تناوله من مال •

(٤٣) ف‌م‌ج : فيكون هذا (وهو تصحيف) • وفي ب فيكون مقدرا •

لان ذلك انما لزم المدعي بسبب[٤٤] كان في ضمان المدعى عليه ، لكنه يتخلص بالاقل منهما ، فكان في الزيادة متطوعا ٠

[نفقة العبد يدعيه رجل وهو في يدي آخر]

[١٤٠٧] قال :

واما العبد اذا ادعاه رجل واقام بينة على ذلك فانه يتركه في يدي الذي هو في يديه ٠

لأنه ليس في هذا خوف ارتكاب الحرام ، كما في الجارية ، ويؤخذ منه كفيل بنفسه ، وبالعبد احتياطا ٠

وهل[٤٥] يؤمر المدعى عليه بالنفقة ؟

فهذا على وجهين :

اما ان كان [٢٩٥ب] العبد قادرا على الكسب او عاجزا ٠

فان كان قادرا يأمره القاضي بالاكتساب ، ويجعل نفقته في كسبه ٠

وان كان عاجزا يأمر المدعى عليه بالنفقة ، كما في الامة ٠

هذا اذا لم يكن المدعي مخوفا[٤٦] عليه ان ينقله ٠

فاما[٤٧] اذا كان مخوفا عليه ان ينقله ، فرأى القاضي أن يضعه[٤٨] على يدي عدل جاز ٠

---

(٤٤) س : لسبب ٠

(٤٥) ف : وقيل يؤمر ٠ (وهو تصحيف) ٠

(٤٦) ص س ل : هذا اذا لم يكن المدعي عليه مخوفا عليه (وهو سهو) ٠

(٤٧) ب : فاما اذا لم يكن مخوفا ٠٠٠ (وهو سهو) ٠

(٤٨) س : ان يجعله على يدي عدل ٠

ثم هل يأمر المدعى عليه بالنفقة عليه ؟

فهذا على وجهين :

اما ان كان العبد قادرا على الكسب ٠

او عاجزا ٠

فان كان قادرا يأمره القاضي بالاكتساب ، ويجعل نفقته في كسبه ٠

وان كان عاجزا يأمر المدعى عليه بالنفقة عليه[٤٩] كما في الأمـة ٠

[نفقة المرأة من أهل الذمة تحت رجل ذي رحم محرم منها]

[١٤٠٨] قال :

لو ان رجلا من أهل الذمة تحته امرأة ذات رحم محرم منه ، فطلبت منه نفقة الزوجية ، فان ابا حنيفة قال : افرض لهـا النفقة ، كما أفرض في النكاح الصحيح ٠

وقالا[٥٠] : لا نفقة لها ٠

وهذا بناء على أن عند ابي حنيفة هذه الانكحة لها حكـم الصحة فيما بينهم ، حتى لو رفع احدهما الامر[٥١] الى القاضي

(٤٩) من قوله : (فهذا على وجهين اما ان كان العبد قادرا على الكسب او عاجزا ٠٠٠) الى هنا ليس في فـ جـ م ٠

(٥٠) لهـس : وقال أبو يوسف ومحمد ٠

(٥١) س : الآخر ٠

فالقاضي لا يفرق بينهما ، ما لم[٥٢] يرفعا الامر جميعا[٥٣] . ومن ضرورة صحة النكاح استحقاق النفقة .

وعندهما لها حكم الفساد ، حتى لو رفعا الامر الى القاضي، أو رفع احدهما او لم[٥٤] يرفع واحد منهما فرّق القاضي بينهما .

والله تعالى اعلم بالصواب



---

(٥٢) ف : ما لا يرفعا (وهو سهو) .

(٥٣) ك : جمعا .

(٥٤) فجم : ولم .

الباب الثامن والتسعون

في الولد من أولى[1] به وعند من يكون

[حضانة الصبي ونفقته]

[١٤٠٩] ذكر عن عامر قال :

قضى أبو بكر الصديق رضى الله عنه بعاصم بن عمر[2] لامه ، وقضى على ابيه بالنفقة[3] .

---

(١) س ب في الولد من يكون اولى به .

(٢) ب : بعاصم بن عمرو . وقد جاءت كلمة عمرو بالواو فيها فيما يلي من المواضع . وعاصم بن عمر بن الخطاب القريشي العدوي التابعي المدني ولد قبل وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بسنتين وامه جميلة بنت الافلح كان اسمها عاصية فسماها رسول الله صلى الله عليه وسلم جميلة ، وعاصم هذا جد عمر بن عبدالعزيز لامه ، وكان عاصم خيرا فاضلا فصيحا توفي سنة سبعين وحزن عليه اخوه عبدالله ورثاه . سمع عاصم اباه وروى عنه ابناه : عبيدالله وحفص وعروة بن الزبير . روى له البخاري ومسلم ، انظر تهذيب الاسماء واللغات : ١/١/٢٥٥ رقم ٢٧٧ ، الاستيعاب : ٣/١٣٥ ـ ١٣٦ ، الاصابة : ٣/٥٦ ـ ٥٧ رقم ٦١٥٦ ، أسد الغابة : ٣/١١٥ رقم ٢٦٧٢ .

(٣) خبر عامر الشعبي ان ابا بكر رضي الله عنه قضى بعاصم بن عمر لامه وقضى على ابيه بالنفقة رواه مسدد عن عامر عن مسروق ان عمر طلق ام عاصم ... وفيه فقضى بان الولد يكون مع جدته والنفقة على عمر قال : هي احق به (المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية : ٢/٥٥ رقم ١٦٣٤) ورواه عبدالرزاق عن ابن جريج قال : اخبرني عطاء الخراساني عن ابن عباس قال : طلق عمر بن الخطاب امرأته الانصارية ـ ام ابنه عاصم ـ فلقيها تحمله بمحسر (سوق بين قباء والحديبية) ولقيه قد فطم ومشى ، فأخذ بيده لينتزعه منها ، ونازعها اياه ، حتى اوجع الغلام وبكى ، وقال انا احق بابني منك ، فاختصما الى ابى بكر ، فقضى لها به وقال : ريحها وحرها (وفي لفظ وحجرها) وفرشها خير ←

وقصة الحديث : أن عاصما كان ابن عمر رضى الله عنه من امرأة فارقها فاختصما . فاراد عمر رضي الله عنه ان يكون الولد عنده ، وارادت الام ان يكون[4] عندها فاختصما فقضى [به][5] أبو بكر رضى الله عنه لامه وقضى على ابيه بالنفقة .

وهذا لان كونه في حجر الام انفع له ، لان حاجته الى التربية [٢٩٦آ] والحضانة في هذه الحالة ، والام اقدر على هذا ، لكن نفقته على الاب .

لان الام عاجزة عن الاكتساب .

وذكر في بعض الروايات : أن ام عاصم تزوجت ، فقال عمر رضى الله عنه :

ابني[6] انا احق به .

له منك حتى يشب ويختار لنفسه ورواه في اسناد آخر انه ابصر معجدته الشموس بنت ابي عامر بن صيفي ، أم أمه (المصنف : ١٥٤/٧ ـ ١٥٥ رقم ١٢٦٠٠ ـ ١٢٦٠٣) ورواه الامام مالك في باب من احق بالولد من كتاب القضاء عن يحيى بن سعيد انه قال : سمعت القاسم بن محمد يقول : كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الانصار ، فولدت له عاصم بن عمر ، ثم انه فارقها، فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجر ، فأخذ بعضده فوضعه بين يديه ، على الدابة ، فادركته جدة الغلام ، فنازعته اياه ، حتى اتيا ابا بكر الصديق ، ففال عمر : ابني ، وقالت المرأة : ابني ، فقال ابو بكر : خلّ بينها وبينه . قال : فما راجعه عمر الكلام ... (موطأ مالك بشرح تنوير الحوالك ١٣٥/٢) وانظر موطأ مالك بشرح الزرقاني : ٤٨٦/٤ ، ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه عن سعيد بن المسيب (نصب الراية : ٢٦٦/٣ ـ ٢٦٧) والدراية : (٨١/٢ رقم ٦٠٢) وتلخيص الحبير : (١١/٤ رقم ١٦٧٠) والمبسوط : (٢٠٧/٥) ، ورواه البيهقي عن عامر عن مسروق (السنن الكبرى : ٥/٨) .

(٤) س : ان يكون الولد عندها .

(٥) الزيادة من س .

(٦) كفس : اني . ل : انني .

وقالت جدته ام الام : [ابني][7] انا احق به ٠

فاختصما الى أبي بكر رضى الله عنه . فقضى به للجـدة ، وقضى على عمر بالنفقة ٠

وبه نأخذ ٠

ثم الترتيب في استحقاق الحضانة ومدة الاستحقاق على سبيل الاستقصاء ذكرناه في شرح الجامـع[8] الصغـير وشرح المختصر الكافي ٠

ثم صاحب الكتاب اورد اخبارا تدل على أن الام احق بالولد ما لم تتزوج . فاذا تزوجت كان غيرها احق بالولد على الترتيب الذي ذكرناه في[9] شرح الجامع الصغير وفي[10] المختصر الكافي ٠

وبه نقول ٠

فان قيل : أليس[11] صـاحب الكتاب ذكـر حديث[12] أم سلمة ، أنها تزوجت ، وكان اولادها عندها[13] ٠

---

(٧) فـه : اني انا احق وما اثبتناه عن ب ٠

(٨) س : في شرح الجامع الصغير والمختصر وبه نقول ثم ان صاحب ٠٠

(٩) س : في الجامع الصغير والمختصر وبه نقول فان قيل ٠٠٠

(١٠) فـهـل : وفي مختصر ٠

(١١) فـكص : أليس أن صاحب الكتاب ٠٠٠

(١٢) س : حديث سلمة ٠ ف : حديث بنت ام سلمة ٠

(١٣) حديث ام سلمة انها تزوجت وكان اولادها عندها روته كتـب السيرة والحديث والتراجم ، أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة بنت ابي امية بن المغيرة المخزومية واسمها هند،زوجه اياها سلمة بن ابي سلمةابنها واصدقها رسول الله صلى الله عليه وسلم فراشا حشوه ليف ، وقدحا وصحفة ومجشة (اي الرحى) وكانت قبله عند ابي سلمة بن عبدالاسد واسمه عبدالله ←

قيل[١٤] له : انما كان ذلك لانها تزوجت رسول[١٥] الله صلى الله عليه وسلم ، ورسول[١٦] الله صلى الله عليه وسلم كان أحق بهم ٠ قال الله تعالى :

« النبي أولى بالمؤمنين من انفسهم »[١٧] ٠

ثم الام انما تكون أولى بالولد قبل ان تتزوج ، ما لم ترتد ٠ فاذا ارتدت كان الاب أولى ٠

لانها تحبس ، ولو حبس الولد معها[١٨] لمرض الولد عسى ٠ فان اسلمت رد الولد اليها ؛ لان المانع قد زال ٠

هذا اذا كانت الام حرة ٠

فان كانت ام ولد[١٩] قد اعتقها مولاها ، أو مات مولاها ، فهي بمنزلة الحرة في الحضانة ٠

فولدت منه سلمة وعمر وزينب ورقية فلما توفي ابو سلمة تزوجها رسول الله صلى الله صلى الله عليه وسلم ، وكانت موصوفة بالجمال البارع والعقل البالغ والرأي الصائب ، توفيت عند الواقدي سنة تسع وخمسين وعند ابن حبان سنة احدى وستين وعند ابي نعيم سنة اثنتين وستين وهي من آخر امهات المؤمنين موتا بل هي كما يقول ابن حجر آخرهن موتا فانظر ذلك في الاصابة : ٤/٤٣٩ ـ ٤٤١ رقم ١٣٠٩ ، الاستيعاب : ٤/٤٣٦ ـ ٤٣٧ ، اسد الغابة : ٧/٣٤٠ ـ ٣٤٣ رقم ٧٤٦٤ ، سيرة ابن هشام : ٤/٦٤٤ ـ ٦٤٥ ، طبقات ابن سعد : ٨/٦٠ ـ ٦٧ ٠

(١٤) س : قيل انما ٠

(١٥) هـ : برسول ٠

(١٦) ك : فرسول الله ٠

(١٧) هـ : من أنفسهم وازواجه امهاتهم ٠ والآية من سورة الاحزاب : ٦ ٠

(١٨) س : معها لهلك ٠ هـ : معها مرض ٠ فـجم : معها يمرض ٠

(١٩) ب : أمة ولدها اعتقها مولاها ٠

[وكذا الذمية ، اذا طلقها زوجها . أو مات عنها زوجها ، فهي بمنزلة المسلمة في حق الحضانة][20] .

فاما اذا كانت أمة ، أو مدبرة ، أو مكاتبة ، طلقهن ازواجهن ، او ماتوا ، لا تكون لهن الحضانة .

- لاشتغالهن بخدمة المولى ، كما لا يكون للحرة اذا تزوجت[21] حق الحضانة ؛ لاشتغالها بخدمة الزوج ، فيكون غيرهن أولى .

لكن اذا كان الولد[22] حرا لا يكون مولاهن أولى بالولد ، وان كان [296ب] الولد رقيقا كان مولاهن أولى بالولد .

لانه مملوك[23] لمولى الام ، والمالك اولى بالمملوك[24] .

وهذا الذي ذكرنا اذا ولدت المكاتبة قبل الكتابة .

اما اذا ولدت بعد الكتابة كانت هي أولى من غيرها .

لانه يصير داخلا في كتابتها ، فتصير هي أولى .

ثم اذا لم يكن للولد احد من النساء ، أو بلغ مبلغا لم[25] يبق للنساء حق ، واختصم [فيه][26] الرجال ، فمن[27] يكون من الرجال أولى به ؟

---

(20) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن سائر النسخ .
(21) ب : اذا تزوجت بزوج آخر حق الحضانة .
(22) ف ج م : اذا كان الزوج حرا .
(23) ب : مملوك الولي .
(24) س : والمالك اولى بالملك .
(25) هـ س : لم يكن للنساء فيه حق .
(26) الزيادة من س . وفي ص : واختصم الرجل .
(27) ك : من يكون (بسقوط الفاء) .

والترتيب على سبيل الاستقصاء ذكرناه في شرح الجامع [الصغير][28]، وشرح المختصر الكافي •

[هل للجدة حضانة الصبي مع وجود امه]

[1410] قال :

ولو أن الجدة جاءت بالصبي فطلبت النفقة من ابيه ، فقالت : هذا ابن بنتي منك ، وقد ماتت أمه ، فاعطني نفقته ، فقال الاب : صدقت ، هذا ابني من ابنتك[29]، فاما امه فلم تمت ، وهي في منزلي ، واراد أخذ الصبي منها ، لم يكن له ذلك ، حتى يعلم القاضي[30] من أمه ، وتحضر هي فتأخذه •

لأن الاب لما أقر انها جدة الصبي ، فقد أقر أن لها حق الحضانة ، ثم يدّعى[31]قيام من هو أولى منها ، وذلك أمر[32] محتمل •

[1411] قال :

وان احضر الاب امرأة ، وقال[33]: هذه ابنتك ، وهذا ابني منها ، وقالت الجدة : ما هي ابنتي ، فقد ماتت ابنتي أم هذا الصبي ، فقالت المرأة التي حضرت مع الاب : هذا ابني من هذا الرجل ، وانا ابنتك ، فالقول في هذا قول الاب والمرأة التي معه ، ويدفع الصبي اليه •

---

(28) الزيادة من هـ •
(29) س : من بنتك ولم تمت امه •
(30) هـ : حتى يعلم القاضي امرأته وتحضر هي •
(31) فـجم : ثم ادعى •
(32) ل : الامر •
(33) فـجمك : وقالت •

لأن الفراش بينهما قد ثبت باتفاقهما ، وقد أقرت الجدة أنه ابن الرجل ، فيكون ابنه من ذلك الفراش ، وصار هذا كالزوجين اذا كان بينهما ولد ، فقالت المرأة : هو ابني من زوج آخر ، وقال الزوج : هو ابني من امرأة أخرى ، فانه يحكم بكونه ولدهما •

لانهما اتفقا على ثبوت الفراش بينهما(٣٤)، فيكون الولد ولدهما من ذلك الفراش ، وهذا ظاهر ، وغيره(٣٥) ليس بظاهر •

[١٤١٢] قال :

وكذا لو حضرت الجدة وقالت : هذا ابن بنتي من هذا الرجل، وقد [٢٩٧آ] ماتت أمه ، وقال الرجل : هذا ابني من غير ابنتك ، من امرأة [أخرى](٣٦) لي ، فالقول قوله ، ويأخذ الصبي •

لأن الجدة لما أقرت انه ولده(٣٧)، فقد أقرت أن له حقا(٣٨) في الجملة ، والاب لما أنكر أنها جدته ، فقد أنكر أن يكون لها حق(٣٩) اصلا ، فكان هو أولى •

[١٤١٣] قال :

وكذلك لو قالت الجدة : قد ماتت ام هذا الصبي ، وهي بنتي ، فقال الاب : لم تمت وهي هذه المرأة ، فقالت الجدة :

---

(٣٤) كف : منهما • هـ : على وجود الفراش بينهما •
(٣٥) كف : وعنده ليس بظاهر •
(٣٦) الزيادة من ل •
(٣٧) س : والده •
(٣٨) س : ان له حضانة في الجملة •
(٣٩) فجم : حق الحضانة اصلا •

هذه ابنة[40] لي أخرى تزوجتها[41] بعد موت ام هذا الصبي ، وقالت المرأة : أنا ابنتك ، وأنا ام هذا الصبي ، فالقول قول الاب والمرأة ، ويأخذ الصبي من الجدة ٠

لما قلنا في المسألة الاولى ٠

[١٤١٤] قال :

ولو[42] احضر الاب امرأة ، وقال : هذا ابني من هذه[43]، وقالت الجدة : ما هذه أمه ، بل أمه ابنتي ، وقالت المرأة : صدقت ما أنا بأمه[44] ، وقد كذب هذا الرجل ، ولكني امرأته ، فان الاب أولى به ، ويأخذه ٠

علل في الكتاب [وقال][45] :

لانه لما قال : هذا ابني من هذه المرأة ، فكأنه قال : ليس بابن ابنتك ، فيكون منكرا لكونها جدة له ، فيكون منكرا للحق لها أصلا ، وهي أقرت بالحق له في الجملة ، لما أقرت انه ابنه فكان هو أولى ٠

[١٤١٥] قال :

ولو أن الام لم تتزوج بزوج آخر ، وجاءت بالولد الى الأب ،

---

(٤٠) س : هذه ابنتي الاخرى ٠

(٤١) فجم : تزوجها ٠ س تزوجها مني بعد موت ٠٠٠

(٤٢) س : ولو أن الاب احضر امرأة ٠

(٤٣) سفهلص : هذا ابني من هذه لا من ابنتك وقالت الجدة ٠٠٠

(٤٤) س : امه ٠

(٤٥) الزيادة من س ٠

وقالت : لا حاجة لي فيه خذه ، فجاءت الجدة وقالت : أنا آخذه ، يدفع اليها ، ويؤمر الاب بالنفقة عليه ٠

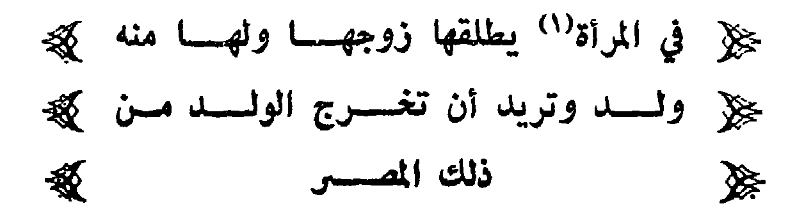
لان استحقاق الحضانة كان حقا لها ، فاذا اسقطت حقهـــا صح ، لكن حق الولد بهذا[٤٦] لم يسقط ٠ فصارت الام بمنزلة الميتة ، أو بمنزلة ما لو تزوجت بزوج ، فتكون الجـــدة أم الام أولى ٠

والله تعالى اعلم



(٤٦) س : بهذا يسقط (بحذف الحرف لم) ٠

الباب التاسع والتسعون



[١٤١٦] ذكر عن شريح ؛ أنه خاصم اليه ولي أيتام ، فقال شريح : ان كانت الدار واحدة [٢٩٧ب] فامهم احق بهم ، ونفقتهم[2] من مالهم ما يصلحهم ، فان تفرقت الدار فالولي[3] احق [بهم] ينظر في مالهم ٠

هذا قضاء شريح ومذهبه[4] ٠

فاما عندنا[5] فالاقرب من ذوات الرحم المحرم اولى في حق التربية من الاولياء ، اذا لم يكن الحق للام ٠

واما حفظ اموالهم فيفوض[6] الى من يوثق به ٠

[١٤١٧] ثم ذكر عن الشعبي : أن جارية ارادت أمها أن تخرجها من الكوفة فقال : ان هي خرجت فعصبتها احق بها ٠

---

(١) س : في المطلقة تريد ان تخرج بولدها من ذلك المصر ٠

(٢) هـك : وتنفقهم من مالهم ٠

(٣) ك : فالولي أحق ينظر في مالهم ٠ ل : فالولي أحق بهم ٠ س : فالولي أولى بهم ينظر في مالهم ٠

(٤) س : في مذهبه ٠

(٥) س : فاما عندنا فان من كان اقرب من ذوي المحارم اولى في حق الترتيب من الاولياء ٠٠ (كذا) ٠

(٦) ف : يفرض ٠

اراد به أقرب الناس اليها من[٧] ذوات [الرحم] المحرم ٠

ثم الفرقة اذا وقعت بين الزوجين ، وارادت المـــــرأة[٨] الانتقال بعد انقضاء العدة مع اولادها الصغار ، فلا تخلو :

اما ان قصدت الانتقال من قرية الى قرية ، أو من قرية الى مصر ، او من مصر الى قرية ، أو من مصر الى مصر ٠

اما الانتقال من القرية التي وقع فيها العقد الى[٩] قرية من قرى المصر ، فان كانت قريبـــة[١٠]، بحيث يمكـــن للاب أن يطالعهم[١١]، ويبيت بأهله ، كان لها ذلك ، والا فلا ٠

وكذلك ان[١٢] ارادت ان تنتقل[١٣] من القرية التي وقع فيها العقد الى المصر ٠

وان[١٤] ارادت أن تنتقل[١٥] من المصر الذي وقع فيـــه

---

(٧) س : من ذوي المحارم ٠ ص : من ذوات المحارم ٠ ب : من ذوات المحرم ٠

(٨) س : واردات المرأة الانتقال من قرية الى قرية او من مصر الى مصر اما الانتقال من القرية التي وقع العقد فيها ٠٠

(٩) فجصب : الى قرى المصر ٠

(١٠) فلكه : فان كانت قرية بحيث ٠٠٠ (وهو تصحيف) ٠

(١١) ك : ان يطالبهم ٠ س : يمكن الاب المطالبة ، (وكلاهما تصحيف) ٠

(١٢) ص : وكذلك اذا اراد ان ينتقل ٠

(١٣) هلكل : تنقل ٠ س : تنقله ٠ وما اثبتناه عن فجمصب :

(١٤) ص : ولو ارادت ٠

(١٥) لك : تنقل ٠ س : تنقله ٠ وما اثبتناه عن هفجمص ٠ وقد سقطت من ب ٠

العقد[16] الى القرية فلا يكون لها ذلك[17]. وان كانت القرية قريبة[18] .

وان ارادت ان تنتقل[19] من مصر الى مصر ، فان لم يكن المصر الذي تريد الانتقال اليه مصرها ، ولا أصل العقد فيه ، فليس لها ذلك .

وان كان[20] مصرها ، وكان[21] أصل العقد فيه [فلها ذلك .

وان كان مصرها ولم يكن اصل العقد فيه فليس[22] لها ذلك .

وان لم يكن مصرها ، وكان أصل العقد فيه][23] ففيه روايتان :

في رواية الجامع الصغير : لها ذلك ، وبه اخذ الخصاف وكذا ذكر ههنا .

---

(١٦) قوله : (الى المصر وان ارادت ان تنقله من المصر الذي وقع فيه العقد) ليس في ب .

(١٧) س : ليس لها ذلك .

(١٨) ل : وان كانت القرية كبيرة .

(١٩) كل : تنقل . ص : واراد نقل (بسقوط ان ومحلها بياض فيها وبتذكير الفعل) س : تنقله . وما اثبتناه عن بفجمهـ .

(٢٠) ص : وان لم يكن مصرها .

(٢١) كل : أو كان اصل العقد فيه ، فيه روايتان بوضع (أو) مكان الواو ، وبسقوط ما بين القوسين .

(٢٢) فجم : لم يكن لها ذلك .

(٢٣) ما بين القوسين سقط من كل واثباته عن سائر النسخ .

وفي روايـة كتاب الطلاق ، ليس لها ذلك ، وبه أخـــذ الجصاص[٢٤] في شرح[٢٥] هذا الكتاب ٠

والمسائل[٢٦] على سبيل الاستقصاء ذكرناها في شرح الجامع الصغير وفي شرح المختصر الكافي ٠ [٢٩٨آ] ٠

وهذا اذا اتفقا على ذلك ٠

وان اختلفا ، فقالت المرأة : تزوجتني[٢٧] بالبصرة ، وانا اريد أن أخرج بابني الى البصرة ، وهي بالكوفة ، وقال الزوج : بل تزوجتك بالكوفة ، فالقول قول الزوج في ذلك . ما لم يعلم أن عقد النكاح كان هناك ٠

لان المرأة تدعي ولاية النقل ، والزوج ينكر ، فكان القـول قول الزوج في ذلك ٠

هذا هو الكلام في الزوج مع ام الولد[٢٨] ٠

واما اذا ماتت الام ، وصار الولد الى جدته ، أم الام ، أو بعض من يجب لها اخذه من النساء ، فارادت أن تخرج الولد[٢٩] من المصر الذي فيه الاب الى مصر آخر ، لم يكن لها ذلك ، وان

---

(٢٤) لسفب : وبه أخذ الخصاف في شرح هذا الكتاب (وهـو تصحيـف) ٠

(٢٥) فهص : ذكر في شرح ٠

(٢٦) س : وقد ذكرنا المسائل على سبيل الاستقصاء في شرح ٠٠٠

(٢٧) ف : انه تزوجني ٠

(٢٨) عبارة (هذا هو الكلام من الزوج مع أم الولد) ليسـت في ب ومحلها بياض في هذه النسخة ٠

(٢٩) سل : تخرج بالولد ٠

كان ذلك المصر هو المصر الذي كانت[٣٠] وقعت عقدة النكـاح فيه على أم الصبي ، انما هذا[٣١] الحق للام خاصة ·

لان الام انما كان لها أن تخرج بالولد الى ذلك المصر بحكـم العقد الذي جرى بينهما في ذلك المصر ، وعقد النكاح جرى بين الزوج وبين الام خاصة ·

[١٤١٨] قال :

وليس لام الولد اذا اعتقها مولاها أن تخرج بالولد من المصر الذي فيه ابوه الى غيره ·

لان ولاية الاخراج بحكم العقد ، ولم يكن بينهما عقد ·

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله :

ينبغي أن تحفظ هاتان المسألتان : مسألة ام الولد ، ومسألة الجدة ، لانهما استفيدتا من صاحب الكتاب لا توجـــدان في المبسوط ، وانهما من خواص هذا الكتاب ·

والله اعلم بالصواب



(٣٠) س : كان عقدة النكاح فيه · ب : الذي وقع فيه عقدة النكاح ·
(٣١) هـ : انما هو الحق ·

الباب المائة

في الغلام والجارية اذا بلغا وتخييرهما

[١٤١٩] ذكر عن عامر قال :

خيّر رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة[١] رضي الله عنه ؛ وكان تكلم[٢] فيها جعفر[٣]، وعلي ، وزيد بن حارثة[٤] ، فاختارت خالتها[٥] ، فجعلها [٢٩٨ب]

---

(١) ابنة حمزة سترد ترجمتها بعد قليل ان شاء الله تعالى ٠

(٢) ف‌جم : لانه تكلم ٠ ك : وكان حكم ٠ ب : كان تظلم فيها ص : ابنة حمزة كان تكلم (بسقوط الواو) وما اثبتناه عن لسه ٠

(٣) جعفر هو ابن ابي طالب الملقب بالطيار وبذي الجناحين وذي الهجرتين وزوجته اسماء بنت عميس هاجرت معه ، امره الرسول (ص) على غزوة مؤتة بعد زيد بن حارثة فاستشهد هو وزيد فيها في جمادى الاولى سنة ثمان من الهجرة انظر تهذيب الاسماء واللغات ١/١/ ١٤٨ ـ ١٤٩ رقم ١٠٥ ، سيرة ابن هشام : ٣٥٩/٤ ، اسد الغابة : ٣٤١/١ ـ ٣٤٤ ، رقم ٧٥٩ ، الاصابة : ٢٣٩/١ـ٢٤٠ رقم ١١٦٦ ، الاستيعاب ٢١١/١ـ٢١٤ ٠

(٤) زيد بن حارثة هو ابو اسامة زيد بن حارثة بن شراحيل بن كعب ابن عبدالعزى مولى رسول الله ويقال له حبّ رسول الله صلى الله عليه وسلم سبي في الجاهلية فاشتراه حتيم بن حزام لعمته خديجة بنت خويلد فوهبته للرسول (ص) فاعتقه وتبنّاه فكان يدعى (ابن محمد) حتى نزل قوله (ادعوهم لآبائهم) الاحزاب : ٥ أمره الرسول (ص) على جيش مؤتة فاستشهد سنة ثمان للهجرة انظر تهذيب الاسماء واللغات : ١/١/ ٢٠٢ ـ ٢٠٣ رقم ١٨٧ ، الاصابة : ٥٤٥/١ ـ ٥٤٧ رقم ٢٨٩٠ ، الاستيعاب : ٥٢٥/١ ـ ٥٣٠ ، أسد الغابة : ٢٨١/٢ـ٢٨٤ رقم ١٨٢٩ ٠

(٥) قوله : فاختارت خالتها قلت : هي اسماء بنت عميس خثعمية كانت قد هاجرت مع جعفر ابن ابي طالب الى الحبشة ثم قتل عنها يوم مؤتة فتزوجها ←

عندهـــــا[٦] .

وقصة الحديث : أن زيد بن حارثة لما قدم بابنة حمزة[٧] من

ابو بكر الصديق رضي الله عنه فمات عنها ثم تزوجها علي رضي الله عنه ، وولدت لجعفر عبدالله ومحمدا وعونا ، وولدت لابي بكر محمدا ، وولدت لعلي يحيى . كانت من اللواتي اسلمن قديما . فقد اسلمت قبل دخول رسول الله الله عليه وسلم دار الارقم ، انظر تهذيب الاسماء واللغات : ١/٢/٣٣٠-٣٣١ رقم ٧١٤ ، اسد الغابة : ٧/١٤ - ١٥ ، رقم ٦٧٠٦ ، الاصابة : ٤/٢٢٥-٢٢٦ رقم٥١ ، طبقات ابن سعد : ٨/٢٠٥-٢٠٩ .

(٦) حديث عامر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خير ابنة حمزة ... الخ رواه ابو داود في كتاب الطلاق عن علي رضي الله عنه قال خرج زيد بن حارثة الى مكة فقدم بابنة حمزة فقال جعفر : انا آخذها أنا احق بها ابنة عمي وعندي خالتها وانما الخالة ام فقال علي : انا احق بها ابنة عمي وعندي ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي احق بها ، فقال زيد : انا احق بها . انا خرجت اليها وسافرت بها ، فخرج النبي صلى الله عليه وسلم فذكر حديثا قال : واما الجارية فاقضي بها لجعفر تكون مع خالتها وانما الخالة ام (سنن ابي داود : ٢/٢٨٤ رقم ٢٢٧٨) ورواه باسانيد أخرى عن عبدالرحمن بن ابي ليلى وعن علي (٢/٢٨٤-٢٨٥ رقم ٢٢٧٩-٢٢٨٠) ورواه ابن ابي عمر من حديث علي مطولا (المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية : ٢/٥٥-٥٧ رقـــم ١٦٣٥) ورواه البخاري في الصلح عن البراء (صحيح البخاري : ٢/٧٥) وفي عمـــرة القضاء عنه (صحيح البخاري ٣/٣٨) وفي المغازي عنه أيضا (صحيح البخاري : ٣/٣٨) ورواه الترمذي في البر مختصرا عن البراء واشار الى القصة (ســـنن الترمذي : ٣/٢٠٩ رقم ١٩٦٧ الباب السادس من البر) ورواه كثـــيرون (نصب الراية : ٣/٢٦٧) وانظر الدراية : (٢/٨١ رقم ٦٠٣) ، تهذيب الاسماء واللغات ١/١/٣٦٧ ، المستدرك : ٣/١٢٠ ، المبسوط : ٥/٢١١ .

(٧) س : بينت حمزة . ف : بأمـــة حمزة (وهـــو تصحيف) . وابنة حمزة واسمها فاطمة بنت حمزة بن عبدالمطلب رضي الله عنها ، وقيل اسمها امامة ، وقيل عمارة ، ابنة عم النبي صلى الله عليه وسلم ، وتكنـــى ام الفضل ، وامها سلمى بنت عميس ، زوجها النبي صلى الله عليه وسلم سلمة بن ابي سلمة بن عبد الاسد بن المغيرة (اي ابن ام سلمة احدى زوجات الرسول ←

مكة . تكلم[٨] فيها علي ، وجعفر ، وزيد :

فقال علي :

أنا أحق بكونها[٩] في بيتي ؛ [فانها بنت عمي .

وقال زيد :

أنا أحق[١٠] بكونها في بيتي][١١] فاني قدمت بها ، وكان أبوها أخا لي[١٢] ، فان النبي صلى الله عليه وسلم كان آخى [بيننا][١٣]، أي عقد عقد المؤاخاة بين حمزة وزيد[١٤] بن حارثة .

فقال جعفر : أنا أحق بكونها[١٥] في بيتي ، وخالتها عندي .

فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضى الله عنه :

« انت مني بمنزلة هارون من موسى » .

وقال لزيد بن حارثة :

« انت مولانا » .

فان زيدا كان مولاه لما تبين سبب ذلك ، وان مولى القوم من[١٦] انفسهم .

صلى الله عليه وسلم) انظر اخبارها في الاصابة : (٤/٣٦٩-٣٧٠ رقم ٨٣٦) ، أسد الغابة : (٧/٢١٩ رقم ٧١٧٢) ، طبقات ابن سعد : (٨/٣٣) وهي فيها امامة ، تهذيب الاسماء واللغات : (١/٢/٣٦٧ رقم ٧٨٦) .

(٨) هـ ف ك ل : فتكلم .

(٩) س : احق بها بكونها ... ب : احق بها في بيتي .

(١٠) ص : احق بها بكونها ... ب : احق بها في بيتي .

(١١) الزيادة من هـ ل ص ب .

(١٢) ك : آخاني . ف ل : أخاي . س : اختارني .

(١٣) الزيادة من ل . وقد سقط قوله (كان آخي بيننا) من ب .

(١٤) ل : بين حمزة وبين زيد .

(١٥) س احق بها بكونها . وفي ف ب : انا أحق بها في بيتي .

(١٦) ب مولى القوم منهم من انفسهم .

وقال لجعفر :

« انت أشبه الناس بي خَلْقا [وخُلُقا] » .

وقضى بها بان تكون عنده ؛ لان خالتها [كانت][17] عنده .

فظاهر الحديث حجة للشافعي في تخيير الولد .

وانا[18] نقول :

الحديث محمول على شيئين :

احدهما : أنها كانت كبيرة ، فخيرها فاختارت خالتها ، فجعلها النبي صلى الله عليه وسلم عندها .

والثاني : ان النبي صلى الله عليه وسلم دعا لها بالصواب فقال : « اللهم ارشدها »[19] فببركة دعاء النبي صلى الله عليه وسلم اختارت ما هو الانظر لها .

[١٤٢٠] وذكر عن ابن عباس[20] أنه قال :

كان زيد بن حارثة لخديجة بنت خويلد اشتراه لها غلامها ميسرة ، فوهبته للنبي صلى الله عليه وسلم ، فاعتقه ، فقدم أبواه على[21] النبي صلى الله عليه وسلم ، فطلبا زيدا فخيره رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال :

---

(١٧) الزيادة من س . وقوله (لان خالتها كانت عنده) ليس في ل .

(١٨) ف : لأنا نقول . س : ونحن نقول .

(١٩) هـ : اللهم ارشد .

(٢٠) س : وذكر عن ابن عمر رضي الله عنه ان زيد بن حارثة كان لخديجة .

(٢١) س : الى النبي .

« اختر ، فان شئت فاختر[٢٢] أبويك ، وان شئت فاخترني » .

فقال أبواه[٢٣]: قد انصفتنا .

يعني حيث[٢٤] خيرته[٢٥] .

[١٤٢١] وذكر بعد هذا اخبارا ظاهرها حجة للخصم ، لكن[٢٦] تاويل الاخبار على الوجهين[٢٧] اللذين ذكرناهما . [٢٩٩آ] .

[١٤٢٢] قال :

واذا بلغ الغلام مبلغ الرجال خير بين ابويه ، فايهما اختار

---

(٢٢) قوله : (فاختر) ليس في س .

(٢٣) هـ . أبوه .

(٢٤) كف : ان خيرته . لهب : انت خيرته .

(٢٥) حديث زيد بن حارثة انه كان لخديجة فوهبته للنبي صلى الله عليه وسلم فاعتقه ... الخ قال ابن عبدالبر : ذكر الزبير عن المدائني عن ابن الكلبي عن ابيه عن جميل بن يزيد الكلبي وعن ابي صالح عن ابن عباس وقول جميل اتم قال :

خرجت سعدى بنت ثعلبة أم زيد بن حارثة وهي امرأة من طيء تزور قومها وزيد معها فاغارت خيل لبني القين بن جسر في الجاهلية فمروا على ابيات بني معن رهط أم زيد فاحتملوا زيدا وهو يومئذ غلام يفعة ، فوافوا به سوق عكاظ ، فعرضوه للبيع فاشتراه منهم حكيم بن حزام بن خويلد لعمته خديجة بنت خويلد باربعمائة درهم فلما تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهبته له فقبضه ثم ذكر ابياتا لابيه حين فقده ... وحج ناس من كلب فرأوا زيدا فعرفهم وعرفوه فقال لهم ابلغوا اهلي هذه الابيات ... فخرج حارثة وكعب ابنا شراحيل لفدائه ... الى آخر القصة بطولها فانظرها في الاستيعاب : ٥٢٦/١-٥٢٩ ، أسد الغابة : ٢٨١/٢-٢٨٢ ، سيرة ابن هشام ٢٤٢/١ .

(٢٦) فجم : يمكن تاويل .

(٢٧) بهصف : من الوجهين .

يكون معه ، فله[٢٨] أن يقيم معـــــه ، وان كـــره ذلك واراد التفرد[٢٩] والكون وحده فله ذلك ، ولا يجبر على أن يصير مـــع احدهما ٠

لان[٣٠] بالبلوغ زالت الولاية عنه ٠

[١٤٢٣] قال :

فان كان فاسدا[٣١] ، أو غير مأمون ، ممن[٣٢] يحتـــاج الى الادب ؛ بان كان الاب يخشى[٣٣] أن يجنى عليه فيلحقه الضمان ، أو يرتكب فاحشة ، فيلحق الاب عار ، فللاب أن يأخذه ويضمه اليــــه ٠

لان معرة الصبا فيه باقية[٣٤]، ويجوز أن يكون للاب عليه يد ، وحق المنع ، وان زالت ولايته ، كما قال أبو حنيفة : أن الغلام اذا بلغ فاسدا[٣٥] كان للاب أن يمنع المال عنه ، حتى يبلـــــغ خمسا[٣٦]وعشرين سنة ، وان زالت ولايته عن الاب بالبلوغ ٠ كذا ههنا ٠

[١٤٢٤] قال :

واما الجارية اذا ادركت ، فالاب اولى بتحصينها وحفظها

---

(٢٨) س : فانه يقيم معه ٠ ب : فله ان يكون معه ٠

(٢٩) س . وارد الانفراد ٠

(٣٠) س : لان البلوغ زالت الولاية به عنه ٠

(٣١) س : فان كان مفسدا ٠ ف : فاسقا ٠

(٣٢) س : بحيث يحتاج ٠ ف : مما يحتاج ٠

(٣٣) هـل : يخشى عليه ان ٠

(٣٤) هـ : فيه تاديبه ٠

(٣٥) ف : مفسدا ٠

(٣٦) س : خمسة عشر (وهو سهو) ٠

لأنه اقدر على تحصينها وحفظها من الام . وهي محتاجة الى الحفظ والتحصين ؛ لانها لم تمارس الرجال ، فتكون سريعة الانخداع . فلا تؤمن من أن تفعل شيئا يلحق[٣٧] العار بالاب ، ولا يتركها لتنفرد [بنفسها][٣٨] ٠

[١٤٢٥] قال :

فان كانت ثيّبا ، وكانت مأمونة على نفسها ، فاراد[٣٩] أبوها أن يضمها اليه ، وأبت ذلك ، فليس لابيها عليها سبيل ٠

لأن بالبلوغ زالت ولاية الاب . وقد مارست الرجال ، فيقع[٤٠] الامن من الانخداع غالبا ٠

وان كانت مخوفة على نفسها غير مأمونة ، فللاب أن يضمها اليه ، ويحفظها[٤١] ٠

والجد[٤٢] أبو الاب في هذا كالاب عند عدمه ٠

فرق بين الاب والجد وبين غيرهما ؛ مثل الاخ والعم ؛ حيث لا يكون لهم ولاية الضم الى نفسه اذا كانت ثيّبا غير مأمونة ٠

والفرق : ان الاب والجد كان لهما حق[٤٣] الحجر في ابتداء

---

(٣٧) س : يلحق عاره بالاب فلا يمكنها ان تنفرد ٠

(٣٨) الزيادة من ل ٠

(٣٩) س : فاذا اراد ابوها ٠

(٤٠) س : فأمنت الانخداع ٠

(٤١) س ف ل ص : ان يضمها اليه ويحصنها ٠

(٤٢) س : وجدات الاب ٠ ف : والجدات في هذا ٠ ك : والجدات لاب، والتصحيح من هـ ص ب ٠

(٤٣) س : كان لهما ولاية الحجر ٠

حالها ، فجاز أن ٢٩٩ب يعيداها الى حجرهما[٤٤] .

اما اذا لم تكن مأمونة فاما غير الاب والجد فليس لهم حق الحجر في ابتداء حالها ، فلا يكون لهم ان يعيدوها الى حجرهم أيضا ، لكن يترافعوا الى القاضي ليسكنها بين قوم صالحين .

لان للقاضي ولاية على الناس ، وهم لو لم يترافعوا ربما يرتكب[٤٥] ما يلحقهم الضرر بذلك من الضمان ، وغير ذلك .

وتأويل ما ذكر[٤٦] صاحب الكتاب أن[٤٧] أراد الاخ والعم أن[٤٨] يضمها اليه ، ويسكنها معه ، فأبت ذلك ، فانها لا تجبر على الكون معهم ، كما لا تجبر على الكون مع الاب اذا كانت مأمونة [على نفسها][٤٩] .

والله اعلم بالصواب



(٤٤) س : فجاز ان يعيد الى حجره . هـ : ان يعيدها الى حجره . ل : الى الحجر .

(٤٥) ل : يرتكبون .

(٤٦) ب : وتأويل ما قال صاحب الكتاب فان اراد الاخ او العم ...

(٤٧) هـ : بان اولاد الاخ والعم (وهو تصحيف) . ل : فان اراد .

(٤٨) س : أن يسكنوها معهم وابت ذلك .

(٤٩) الزيادة من ل .



﴿ ابـواب الشــهادات ﴾

﴿ ما يجـوز منهـا ومـا لا يجـوز ومـا ﴾

﴿ جـاء في ذلـك من الآثـار ﴾



الباب الحادي والمائة

في الرجل يشهد على نسب لم يدركه[1]
أو نسب لم يعرفه معرفة متقدمة

[١٤٢٦] قال :

واذا شهد الرجل على نسب[2] لم يدركه ، [أو نسب لم يعرفه معرفة متقدمة][3] فالشهادة جائزة . قال ذلك اصحابنا جميعا .

وكذا النسب من قبل الام الشهادة[4] عليه جائزة .

وهي مسألة اوردها محمد رحمه الله في المبسوط ، اعادها صاحب[5] الكتاب ، وهي خمس مسائل ، في اربع[6] يصح تحمل الشهادة[7] فيها بالتسامع بالاجماع :

احداها : النسب .

والثانية : الموت .

والثالثة : النكاح .

---

(١) ك : لم يذكره . ب : على نسب يدركه . ف : ثم يدركه .
(٢) س : بنسب .
(٣) الزيادة من س .
(٤) س : من قبل الام تجوز الشهادة عليه .
(٥) ل : اعاد صاحب الكتاب ذلك . س : ذكر صاحب الكتاب .
(٦) هـ : في اربع نسخ (كذا وهو تصحيف) .
(٧) س : يصح تحمل الشهادة فيها مع النساء بالتسامع .

والرابعة : القضاء •

والخامسة : اختلفوا فيها وهي[8] الولاء ، قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله : لا يجوز ، وقال ابو يوسف رحمه الله يجـــوز •

وقد ذكر صاحب الكتاب لكل مسألـة بابا ، وقد اورد في هذا الباب آثارا لبيان أن الشهادة بالتسامع[9] جائزة على النسب فقـــال :

ألا ترى أنا نشهد ان علي بن ابي طالب ، وان عمر بـن الخطـاب ، وان عبدالله بن مسعود رضي الله عنهـم [٣٠٠آ] ولم ندرك هؤلاء ، فكذا الغـلام منا[10] اذا بلغ ، فرأى رجلا ينتسب الى ابيه ، ويقال : فلان بن فلان ولم يدرك هـــذا الغلام أبا له ، فيشهد أن هذا فلان بن فلان ، بعد أن يكون ذلك مشهورا بالاخبار المتواترة ، وجب أن يجوز •

وهذا لان النسب ينبني[11] على الوطء ، أو على النكاح •

فان كان ينبني على الوطء[12] ، فالوطء مما لا يمكـــن الوقوف عليه •

وان كان ينبني على النكاح ، فالنكاح مما يثبت بالتسامع ، لما نبين ، فكذا ما ينبني عليه •

---

(٨) هـ : والخامس اختلفوا فيه وهو الولاء •

(٩) س : بالسماع •

(١٠) ب : فكذا الغلام ههنا •

(١١) فـ ب : يبنى •

(١٢) هـ : على الوطء مما لا يمكن الاطلاع عليه • قال ولو ان رجلا ••• اي بسقوط قسم من العبارة •

[١٤٢٧] قال :

ولو أن رجلا أتى[١٣] رجلا ، فقال : أنا فلان بن فلان الفلاني ، لم يسع الذي سمع هذا أن يشهد على نسبه ٠

لانه لو[١٤] وسع هذا أن يشهد لوسع للقاضي أن يقضي بقوله اني فلان بن فلان [بن فلان الفلاني] ، ولا يقضي ، فكذا لا يشهد على نسبه[١٥] بقوله ما لم يثبت ذلك بالدليل ، والدليل هو الاشتهار[١٦]، لكن الاشتهار في النسب يثبت بطريقين ٠

احدهما : حقيقي ٠

والآخر : حكمي ٠

أما الحقيقي [فهو][١٧] ما قال في الكتاب وهو أن يخبره قوم لا يتوهم تواطؤهم على الكذب ، فتشيع[١٨] الاخبار وتشتهر ٠

واما الحكمي فأن يشهد عنده رجلان عدلان ، أو رجل وأمرأتان بلفظ الشهادة ٠

لكن هذا اذا شهدوا عنده من غير استشهاد هذا الرجل ، فانه ذكر محمد رحمه الله في كتاب الشهادات انه اذا لقى رجلين عدلين شهدا عنده على نسبه ، وعرفا حاله وسعه أن يشهد ، ولو

---

(١٣) هـ س ب ف ل : راى رجلا ٠

(١٤) س : لانه لو وسعه ان يشهد بهذا لوسع القاضي ان يقضي بقوله ٠
هـ : لو وسع لهذا ٠٠٠

(١٥) قوله (على نسبه) ليس في ص ٠

(١٦) هـ : هو الاستشهاد في النسب ٠ ص ل ب : هو الاستشهاد لكن الاستشهاد ٠

(١٧) الزيادة من ل ٠

(١٨) ب : فتتابع ٠

أقام [هذا][19] الرجل شاهدين شهدا عنده على نسبه لم يسعه أن يشـــهد ٠

لانه لما لم يعتمد قوله في شهادته لم[20] يعتمد على قول من اعتمد هذا الرجل على قوله ٠

[١٤٢٨] قال :

ولو أن رجلا نزل بين ظهراني قوم ، وهم لا يعرفونـــه ، وقال : انا فلان بن فلان ، لم يسعهم ان يشهدوا على نسبه حتى تقع معرفة [٣٠٠ب] ما قال في قلوبهم ٠

قال في الكتاب :

وجه[21] ذلك عندي أن يقيم معهم سنة ، وأن وقع ذلك في قلوبهم قبل السنة لم يسعهم ان يشهدوا على نسبه ؛ لان الســنة الواحد لابلاء العذر حسن ، كما عرف في كثير من المسائل ٠

وروى عن أبي يوسف انه قدر ذلك بستة اشهر ٠

فالمقصود من هذا صدقه وكذبه ٠

فصاحب الكتاب قدر ذلك بسنة ، وابو يوسف قدره بستة أشهر ٠ وقال محمد : لا يسعه أن يشهد على نسبه ، حتى يلقى من أهل بلده رجلين عدلين ، فيشهدان عنده على نسبه ٠

قال الجصاص[22] في شرح هذا الكتاب : وهو الصحيح ٠

---

(١٩) الزيادة من ل ص ٠

(٢٠) ف ك ل : لا يعتمد ٠

(٢١) ك ل ص : وحد ذلك ٠ ب : وبعد ذلك ٠

(٢٢) ص ب : قال الخصاف في شرح هذا الكتاب (وهو سهو) ٠

والحاصل أنه لا يشهد على النسب ما لم يشتهر ، والاشتهار حقيقي وحكمي ٠

فصاحب الكتاب قدر الاشتهار[٢٣] ههنا بسنة ٠ قال :
لان الظاهر أنه يشتهر في هذه المدة ٠
وأبو يوسف قدر بسعة اشهر ٠
ومحمد اعتبر الاشتهار الحكمي ٠

لان الظاهر[٢٤] عدم الاشتهار الحقيقي في حق هذا الرجل ٠

[١٤٢٩] قال :

ولو مات رجل فاقام رجل شاهدين : ان الميت فلان بن فلان الفلاني ، وان[٢٥] فلان بن فلان الفلاني ابن عمه يلتقون الى اب كذا ، وانه وارثه ، لا يعلمون له وارثا غيره ، فانه يقضي له بميراثه ٠

لانه ثبت[٢٦] بالبينة كونه وارثا ٠

فان جاء رجل آخر فاقام[٢٧] شاهدين : أنه ابن الميت ووارثه لا يعلمون له وارثا غيره ، فالميراث له ٠

لأن الابن يتقدم عليه ، ولا تنافي بين الثاني والاول ؛ فان الانسان يجوز ان يكون له ابن عم ، وله ابن أيضا ٠

---

(٢٣) س : قدر الاشتهاء حاصلا بسنة ٠ ب : قدر الاشهاد (بالدال) ٠ وكذلك في كل لفظة ستأتي ٠

(٢٤) س : لان الظاهر يستبين في هذه المدة ٠

(٢٥) ف،ك : وانه هو ٠

(٢٦) س : يثبت ٠

(٢٧) ك : واقام ٠

[١٤٣٠] قال :

ولو أقام رجل شاهدين : ان الميت فلان بن فلان الفلاني ونسبه ألى غير الاب الذي نسبه اليه الاول ، وانه هو فلان بن فلان الفلاني من قبيلة أخرى ، وانه عصبته [٣٠١آ] ووارثه لا يعلمون له وارثا غيره ، لم اقبل هذا ، ولم احول النسب من ومن فخذ ، الى اب وفخذ آخر ·

لانه لما ثبت نسبه من الاول خرج من أن يكون محلا لاثباته[٢٨] من انسان [آخر] ، فالبينة الثانية قامت في غير[٢٩] محلها ، فلا تقبل ·

ألا ترى ان رجلين لو تنازعا في مولود ، فاقام احدهما البينة، وقضى القاضي له بالولد ، ثم أقام الآخر البينة لا تقبل بينة الثاني ·

وكذا لو تنازعا في نكاح امرأة ، وأقام احدهما البينة ، وقضى القاضي له بالنكاح ، ثم اقام الآخر البينة ، لم تقبل[٣٠] بينة الثاني ، لما قلنا ، كذا هذا ·

[١٤٣١] قال :

ولا يكلف الشهود أن يشهدوا انه لا وارث لفلان غير فلان ، لكن اذا شهدوا انهم لا يعلمون له وارثا غير فلان هذا ، وهو ابن او أخ ، أو من يحوز[٣١] الميراث اجزت ذلك ·

---

(٢٨) ل : لاتيانه ·
(٢٩) س : على غير ·
(٣٠) ل : لا تقبل ·
(٣١) ك : يحرز · ب‌فص : يجوز ·

وهذا مذهبنا ·

وقال ابن ابي ليلى : يكلف الشهود ذلك ·

وان شهدوا[32] انهم لا يعلمون له وارثا [غيره][33] بارض كذا وكذا ، قال ابو حنيفة رضي الله عنه : جازت شهادتهم ·

وقالا[34]: لم تجز[35] حتى يشهدوا انهم لا يعلمون له وارثا غير فلان هذا ·

وحق المسألتين كتاب الدعوى ·

[١٤٣٢] قال :

ويجوز للجيران ، ومن عرف انسانا أن يشهد على نسبه : أنه فلان بن فلان ·

قال في الكتاب :

وانما [جازت][36] الشهادة على الانساب[37] بالسماع، والشهرة ، والاخبار المتواترة ·

وهذا اشتهار[38] حقيقي ·

واما الاشتهار[39] الحكمي فعلى ما مر ·

---

(٣٢) هـ : ان يشهدوا وقد سقطت هذه العبارة من ف ·
(٣٣) الزيادة من ب ·
(٣٤) ب‌هـل : وقال ابو يوسف ومحمد ·
(٣٥) ب : لا تجوز شهادتهم حتى يعلموا ان لا وارث ·
(٣٦) الزيادة من سفجم ·
(٣٧) ص : على الانسان (وهو تصحيف) ·
(٣٨) ب : اشهاد ·
(٣٩) ب : الاشهاد الحكمي فما مر ·

[١٤٣٣] قال :

ولو أن رجلا لم يعرف نسبه ، الا أنه سمع جيران ذلك الرجل [يقولون][٤٠]: هذا فلان بن فلان [الفلاني][٤١]، واشتهر ذلك عنده ، وسعه أن يشهد أنه فلان بن فلان [الفلاني][٤٢] .

وكذلك ان سمع من السقاء ، والبقال ، والخادم ، ومن العوام ، فكانت اخبارا على غير تواطؤ ، جاز أن يشهد .

لان ما يثبت[٤٣] بالشهرة الحقيقية لا تشترط فيه العدالة، انما [٣٠١ب] يشترط أن لا يتواطؤوا على الكذب .

وانما خص البقال والسقاء ؛ لانهم يخالطون الناس اكثر ، ويعرفون انسابهم غالبا .

[١٤٣٤] قال :

واما الشهادة على نسب المرأة اذا اراد أن يعرف المرأة يشهد لها بوكالة ، أو بأمر من الامور الذي[٤٤] يحتاج [فيه] أن يقول : أقرت عندي فلانة بنت فلان بكذا ، قال صاحب الكتاب :

ينبغي أن يدخل عليها ، وعندها جماعة من النساء ممن يثق بهن ذلك الرجل ، فيسألهن : أهذه[٤٥] فلانة بنت فلان ؟

---

(٤٠) الزيادة من س،ف،م،ب .
(٤١) الزيادة من س .
(٤٢) الزيادة من س .
(٤٣) ص : لان ما ثبت .
(٤٤) س : التي .
(٤٥) ك : هذه (بسقوط الهمزة) .

فاذا[٤٦] قلن : نعم ، وقلن انها هي ، تركها اياما ، ثم نظر اليها بحضرة نسوة اخرى ، فيصنع[٤٧] مثل ذلك •

وكذلك يتردد اليها مرارا شهرين أو ثلاثة ، فاذا وقعت معرفتها في قلبه بقول رجال ونساء ، ومن امكنه ، شهد[٤٨] عليها بذلك •

وهذا شيء اختص به صاحب الكتاب ، وضيق الامر ؛ لخفاء[٤٩] امرهن •

والله أعلم بالصواب



(٤٦) ب : فان •
(٤٧) س : فيصنع مثل ما صنع • ب : فيصنع مثل الاول •
(٤٨) س : يشهد •
(٤٩) س : لخفي امرهن •

الباب الثاني والمائة

في الشهادة على الموت

[١٤٣٥] قال[١] :

ويجوز أن يشهد الرجل على[٢] موت من لم يدركه ، وعلى موت من لم يحضر وفاته ، اذا[٣] كان مشهورا ظاهرا عند الناس .

ألا ترى انا نشهد على موت عمر بن الخطاب ، وعثمان بن عفان ، وعلي بن ابي طالب رضي الله عنهم ، ولم ندركهم ، ولم نحضرهم[٤] .

وكذا نشهد على موت السلف ، وان لم ندركهم ولم حضرهم[٥] .

وهذا ، لانه وان ادرك [ذلك] الوقت وحضرهم ، لا يستفيد العلم اكثر من ذلك ؛ فانه [قد][٦] يأتي باب انسان ، فيخرج

(١) ص : ذكر نحوه أن يشهد ...

(٢) س : على نسب من لم يدركه .

(٣) س : فانه اذا كان .

(٤) س : ولم نحضرهم ، لانا لو ادركنا ذلك وحضرناهم لم نستفد من العلم اكثر من ذلك ، فانا نأتي باب السان ، فيخبر واحد من جيرانه ...

(٥) قوله : : (وكذا نشهد على موت السلف ولم ندركهم ولم نحضرهم) ليس في هـ .

(٦) ما بين القوسين سقط من الاصل ك ومن هـ ص ب .

انسان فيخبر[7] أن فلانا قد مات ، فيجوز أن يشهد على موته ، ومثل هذا العلم قد حصل له وان لم يدرك ذلك الوقت ولم يحضره ·

والدليل عليه : ان الجنازة ، اذا حضرت ، جاز لمن اجتمع أن يشهدوا على موته ، وان لم يعاين[8] موته الا اثنان او ثلاثة ·

[١٤٣٦] قال :

واذا شهد شاهدان على موت رجل[٣٠٢آ] فهذا على وجهين :
اما ان شهدا[9] ولم يفسرا سببا[10] ·
أو فسرا ، وقالا : لم نعاين موته ·
وكل وجه[11] على قسمين :
اما أن يكون موت ذلك الرجل مشهورا ·
أو لم يكن ·

ففي الوجه الاول : تقبل الشهادة في القسمين جميعا ·

وفي الوجه الثاني : في القسم الاول قال الخصاف بانه تقبل · وقال بعض مشايخنا : لا تقبل ، وهو الصحيح ·

وفي القسم الثاني : لا تقبل بالاجماع ؛ لان الشهادة على الموت وغير ذلك بالتسامع ، كالشهادة على الملك باليد ، وثمة اذا

---

(٧) هـك : يخبر ·
(٨) ك : يعاينوا · ل : ولو لم يعلن ·
(٩) س : اما ان يشهدوا على موته ، ولم يفسروا ، او فسروا وقالوا ···
هـ : اما ان يشهدوا على موته ولم يفسروا شيئا ·
ب : اما ان يشهدا على موته ولم يقرا أو أقرا وقالا ·
(١٠) كهـل : شيئا ·
(١١) فـحم : وكل واحد ·

اطلق الشاهد[١٢] جاز ، واذا بين السبب لم يجز كذا ههنا •

[١٤٣٧] قال :

وان شهدا أنه مات فلان ، وقالا : نحن دفناه ، أو شهدا أنه مات فلان ، وقالا : شهدنا جنازته ، فشهادتهما جائزة لوجهين :

احدهما : ان المشهود به[١٣] الموت ، لا الدفن ، ولا شهود الجنازة •

والثاني : ان هذا معاينة الموت معنى ؛ اذ معاينة [الموت][١٤] لانسان عادة ، انما تكون بان يشهد دفنه أو جنازته •

[١٤٣٨] قال :

واذا أخبر الرجل الثقة ، والمرأة الثقة ، رجلا بموت رجل ، وقال المخبر بذلك[١٥]: انا عاينته ، فالمخبر في سعة[١٦] أن يشهد على موته • فرق بين الموت والنسب والنكاح ، فان ثمة لا يسعه[١٧] أن يشهد ، ما لم يشهد عنده رجلان عدلان ، أو رجل وامرأتان •

لان في اشتراط العدد في الموت حرجا[١٨]؛ لانه لا يقوم بمباشرة اسبابه ، من الغسل ، وغير ذلك الا رجل واحد ، أو

---

(١٢) س : اذا اطلق الشهادة •

(١٣) هـ : المشهود له •

(١٤) الزيادة من س وفي هـ،ص،ب : ومعاينة موت انسان عادة •

(١٥) ك : لذلك •

(١٦) هـ : على سعة •

(١٧) هـ،ك : يسع •

(١٨) هـ،ف : حرج (كذا بالرفع) •

امرأة واحدة . ولو شرطنا شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين ، لأدّى ذلك إلى الحرج ، فاكتفي بخبر الواحد ، وليس[19] في اشتراط العدد في النكاح والنسب حرج فشرطناه .

[١٤٣٩] قال :

واذا نعي الرجل من ارض الى ارض ، وصنع اهله ما يصنع[20] بالميت ، فانه لا يسع احدا أن يشهد على موته الا من شهد موته ، أو يخبر بذلك من شهد موته[21] ممن يثق به ، أو تأتي [٣٠٢ب] بذلك الاخبار المتواترة .

لان المصائب قد تتقدم على الموت ، اما خطأ ، أو غلطا ، أو حيلة ؛ لقسمة المال ، فلا[22] تسمع الشهادة عليه ، ما لم يثبت الموت ، والثبوت باحد معان ثلاثة : اما أن يشهد موته ، أو يخبره بذلك من شهد موته ممن يثق به ، أو تأتي بذلك الاخبار المتواترة .

والله اعلم بالصواب



---

(١٩) فجم : اما في اشتراط العدد في النكاح والنسب حرج فشرطنا .
صب : اما ليس في اشتراط العدد ...

(٢٠) س : ما يصنع عند الموت .

(٢١) قوله : او يخبر ذلك من شهد موته ليس في هـ . وفي ف : بموته .

(٢٢) هـ : فلم تسمع .

الباب الثالث والمائة[1]

في الشهادة على النكاح

[١٤٤٠] قال :

ويجوز للرجل أن يشهد للمرأة ، وان لم يحضر[2] عقد نكاحها ، وقد عرف انها فلانة بنت فلان الفلاني ، وانها امرأة فلان بن فلان [الفلاني] ان احتاجت الى ذلك ٠

[١٤٤١] قال[3]:

ويجوز[4] أن يشهد الزوج[5] على المرأة انها امرأته ان احتاج الزوج الى ذلك او اشتهر[6] امرهما ، ألا ترى انا[7] نشهد أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجة علي رضي الله عنه وان لم نحضر عقدها ٠ وألا ترى ان النائب اذا قدم فقيل له : ان جارك فلانا تزوج فلانة بنت فلان ، وجرى الامر على هذا ، وتواترت الاخبار ، ومضى على ذلك سنون

(١) س : الثالث بعد المائة ٠
(٢) س : وان لم يعاين عقد النكاح ٠ ب : لامرأة لم يحضر ٠٠٠
(٣) قوله (قال) ليس في هـ ف ل ب ٠
(٤) هـ : يجوز للزوج ٠
(٥) كل : للزوج ٠
(٦) ص : اذا اشتهر ٠
(٧) ف ك : أنها ٠

[فانه](٨) يجوز لهذا القادم(٩) أن يشهد : أن فلانة امرأة فلان اذا احتيج(١٠) الى شهادته •

وألا ترى أن الصغير اذا كبر فقيل له : ان فلانة امرأة فلان، ولعلها عجوز مثل امه ، أو أكبر ، جاز له أن يشهد عليه •

وألا ترى انه لو كان بينهما ولد ينسب اليهما ، وسـع للجيران ان يشهدوا انه ابنهما ، وان لم يعاينوا الولادة •

هذا اذا ثبتت الشهرة الحقيقية •

وكذا اذا رآهما يسكنان في منزل واحد ، وينبسط كل واحد منهما الى صاحبه ، كما يكون بين الأزواج ، وسعه أن يشهد لهما بالنكاح •

لان هذا القدر يكفي لتحمل الشهادة بملك اليمين ، فانه اذا رأى شيئا في يد انسان يتصرف فيه تصرف الملاك [٢٠٢آ] وسعه أن يشهد بملك ذلك الشيء له ، فهذا اولى ، واما الشهرة الحكمية فما قلنا في النسب •

هذا هو الكلام في الشهادة على النكاح بالشهرة والتسامع •

واما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فتجـوز أيضا كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح هـذا الكتاب •

---

(٨) من قوله : (وجرى الامر على هذا وتواترت الاخبار •••) الى هنا ليس في ص ومحلها بياض فيها •

(٩) س : لهذا الغلام القادم •

(١٠) قوله : (ان فلانة امرأة اذا احتيج) • ليس في ص ومحلها بياض فيهـا •

لان هذا أمر يشتهر ، وتتعلق به احكام مشهورة ، من النسب ، والمهر . والعدة ، وثبوت الاحصان ، بخلاف الزنى ، فانها[11] فاحشة ، لا تجوز الشهادة فيها بالتسامع : لان الشهادة بالتسامع ، انما كانت احياء[12] لحقوق الناس ؛ لان الذين عاينوا لو ماتوا ومضى عليهم قرن بعد قرن ، لو[13] لم تجز الشهادة بالتسامع لادى الى ابطال حقوق الناس ، والفاحشة لا يحتال الى اثباتها[14] .

[١٤٤٢] قال :

وان[15] ادعى رجلان نكاح امرأة ، فان أقرت لاحدهما فهي امرأته .

لان النكاح ثبت بتصادقهما .

فان اقام الآخر بينة انها امرأته قضيت له [بها][16] .

لان البينة اقوى من الاقرار ، فيكون الثاني أولى .

فان اقام كل واحد منهما البينة انها امرأته فهذا على وجهين :

اما[17] ان وقتا .

او لم يوقتا .

فان وقتا فالوقت الاولى اولى .

---

(١١) هـ : لانها . ب : فان الزنى فاحشة .

(١٢) س : تكون لاحياء حقوق الناس . فـك : كان احياء .

(١٣) ل : فلو لم . ك : او لم تجز ، وما اثبتناه عن فـجمصسب .

(١٤) ل : لا يحتال لاثباتها .

(١٥) هـ : ولو .

(١٦) الزيادة من ل . وفي صب : قضيت به لان ...

(١٧) ب : اما ان وقت وقتا او لم يوقت وقتا فان وقت الوقت فالاول اولى .

وان لم يوقتا ، وزكيت بينة احدهما ، فهـــي أولى ، وان زكـيت البينتان جميعا لم احكم بها لواحد منهما .

لان المرأة الواحدة لا تصلح[18] أن تكون لكل واحد منهما ، ولا مشتركة[19] بينهما[20] .

[١٤٤٣] قال :

ولو أن رجلا ادعى نكاح امرأة ، وهي تجحد ، فاقام بينة انها امرأته قضيت له بها[21] ، وجعلتها امرأته .

وان جاء آخر ، واقام البينة على مثل ذلك ، لم احكم له بها .

لان القضاء الاول صح ظاهرا ، فلا ينتقض الا اذا ظهـــر الخطأ بيقين[22]، وذلك ان يوقت شهود الثاني وقتا قبـــل[23] وقت الاول .

وقد مر شرح هذه المسائل في كتاب النكاح في شرح المختصر الكافي .

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(١٨) س : لا تصلح لكل واحد منهما الا على انفراد .

(١٩) ص : مشترك .

(٢٠) جاء في حاشية نسخة س هنا ما نصه : (هذا ان لم تكن في يـــد احدهما اما اذا كانت في يد احدهما فبينته اولى) .

(٢١) فصب : قضيت بها له .

(٢٢) ب : الا اذا ظهر الخطأ يتبين .

(٢٣) ب : يكون قبل وقت الاول .

(٢٤) قوله : (وقد مر شرح هذه المسائل ...) الى هنا ليس في ب .

الباب الرابع والمائة

في الشهادة على العتق والطلاق والولاء

[٣٠٣ب]

[١٤٤٤] قال :

لا تجوز الشهادة على العتق والطلاق الا بسماع[١] الرجل يطلق امرأته ، أو يقر عنده الزوج بذلك ، وكذلك العتق •

لان القياس يأبى جواز الشهادة في جميع الحوادث الا بوقوع العلم للشاهد : اما بالمعاينة ، أو بالاقرار العري عن التهمة ، لكنا تركنا القياس في بعض الحوادث التي تشتهر[٢] وقوعا ودواما ، والطلاق والعتاق مما لا يشتهران وقوعا ، فبقى الطلاق والعتاق كسائر الحقوق ، فلا تجوز الشهادة فيهما بالتسامع •

[١٤٤٥] قال :

وكذلك الشهادة على الولاء[٣] بالتسامع لا تجوز في قول أبي حنيفة ومحمد ، وفي قول أبي يوسف تجوز •
ذكر صاحب الكتاب الخلاف في الولاء[٤] •

---

(١) ب : الا بسماع يسمع الرجل •
(٢) س : يشتهر وقوعها ودوامها •
(٣) ب : على الاولاد • (وهو تصحيف) •
(٤) ب : في الاولاد (وهو تصحيف) •

وذكر شمس الائمة الحلواني في شرح هذا الكتاب ان الخلاف ثابت ايضا في العتق ، فان العتق يثبت الولاء[٥]، والشهادة على الولاء شهادة على العتق ، لكن صاحب الكتاب لم يذكره •

وذكر شمس الائمة السرخسي في شرح هذا الكتاب ان الشهادة على العتق بالتسامع[٦] لا تقبل بالاجماع ، انما الخلاف في الشهادة بالتسامع على الولاء كما ذكر صاحب الكتاب •

ثم صاحب الكتاب شرط لسماع الشهادة بالتسامع على الولاء[٧] عند ابي يوسف شرطا لم يشترطه محمد رحمه الله في المبسوط ، فقال :

انما تقبل اذا كان العتق مشهورا وللمعتق ابوان او ثلاثة في الاسلام • ضيّق ، ومحمد وسّع[٨] •

والمسألة في المبسوط •

[١٤٤٦] قال :

ولو ان رجلين ادعى كل واحد منهما ولاء رجل ميت ، واقاما[٩] بينة ، أن فلانا الميت كان عبدا له ، وأنه اعتقه ، وانه مولاه ووارثه ، لا يعلمون له وارثا غيره ، قضيت بالولاء والميراث بينهما نصفين •

---

(٥) ب : الاولاد والشهادة على الاولاد •

(٦) قوله : (بالتسامع) ليس في ص •

(٧) قوله : (كما ذكر صاحب الكتاب ، ثم صاحب الكتاب •••) الى هنا ليس في ب •

(٨) س : ووسع • ب : ومحمد وسع في المبسوط •

(٩) ب : واقام •

لان الولاء مما يحتمل الاشتراك ، فصار كالاموال فيقضى بينهما نصفين ٠

[١٤٤٧] قال :

ولو جاء احدهما وادعى ولاءه ، وأقام[١٠] بينة على ما [٣٠٤آ] قلنا ، وقضيت بالولاء والميراث له ، ثم جاء آخر بعد ذلك ، واقام البينة على مثل ذلك ، لم اقبل بينته ٠

لان القاضي قضى بكل الولاء للاول ، فبينة الثاني قامت على ابطال قضاء الاول ، فلا تسمع ، فصار كالنسب والنكاح ، اذا ادعى احدهما ، واقام البينة ، وقضى القاضي له ، ثم اقام الآخر البينة ، لم تسمع بينته[١١] ، كذا هذا ٠

والله تعالى أعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(١٠) ل : واقام آخر بينة (وهو سهو) ٠

(١١) قوله : (لم تسمع بينته) ليس في ص ٠

الباب الخامس والمائة

في الشهادة على[1] ملك لم يدركه ولم يعاين صاحبه

[١٤٤٨] قال :

الشهادة على ملك اليمين[2] لا تحل ، ولا تصح بالتسامع ، الا في صورة ذكرها صاحب الكتاب ، لما نبين •

وانما تحل وتصح اذا عاين سبب الملك او[3] دليل الملك •

وسبب الملك الشراء من مالكه[4] أو الارث من مالكه ، أو غيرهما ، فيحل لمن عاين السبب أن يشهد بالملك للثاني •

واما دليل الملك [فقد] قال اصحابنا : اليد ، فان محمدا رحمه الله ذكر في المبسوط : لو رأى شيئا في يد انسان حل له أن يشهد[5] له بالملك •

وقال الشافعي رحمه الله : اليد مع التصرف •

وبه أخذ الخصاف ، لكنه شرط شرطا آخر ، وهو أن يقال فيما بين الناس : ان هذا ملكه ، فانه قال :

---

(١) س : في الشهادة على حال لم يدركه • فج : على ملك لم يدرك •

(٢) س : على ملك اليمين لا تصح بالتسامع •

(٣) هـ : ودليل (بالواو) •

(٤) س : من صاحبه اعني مالكه • هـ : من ماله •

(٥) هف : ان يشهد بالملك له •

انما يشهد[6] على الاملاك اذا رآه في الدار يرمّها[7]، أو يبني فيها ويسكنها ، ويؤاجرها ، ويحدث فيها شيئا ، لا يضرب[8] أحد على يده في ذلك ، ويقال : هي داره ٠

وهذا الشرط الزائد لم يشترطه أحد ٠

وقال أبو يوسف ، ذكر في آخر الباب ، اذا رآه[9] في يــده انما يحل له ان يشهد اذا وقع في قلبه انه ملكه ، اما اذا لم يقــع [في قلبه فلا يحل له أن يشهد][10] ٠

قال القاضي الامام ابو على النسفي : ويجوز أن يكون هــذا قولهم جميعا ، حتى انه اذا كان في يده شيء ، والناس يقولون : انه ملكه ، وهو يتصرف فيه ، لكن وقع[11] في قلب الرائي انـه ملك غيره ، وهو يتصرف بامره ، لا يحل له ان يشهد بالملك له ، فصار دليل الملك [٣٠٤ب] اليد ، مع الوقوع في قلبه انه ملكه ٠

وبه نأخذ ٠

ثم مسائل [هذا][12] الباب مشتملة على اربعة اوجه :

اما ان[13] يكون عاين الملك والمالك جميعا ٠

أو لم يعاين[14] الملك والمالك جميعا ٠

---

(٦) س : انما شهد ٠

(٧) س : اذا رآه في الدار يتصرف فيبني فيها ويسكنها ويؤاجرها ٠

(٨) هـ : لا يضربن ٠

(٩) س : رآها ٠

(١٠) الزيادة من ل ٠ وفي الاصل ك وفي بخص : اما اذا لم يقع لا ٠

(١١) س : لكن يقع ٠

(١٢) الزيادة من فـجم ٠

(١٣) س : اما ان عاين ٠

(١٤) ب : او لم يعاينهما جميعا ٠

أو عاين[١٥] المالك دون الملك ٠

أو عاين الملك دون المالك ٠

اما اذا عاينهما[١٦]، الملك بحدوده ، والمالك بوجهــــه ، أو عرفه بنسبة الملك اليه . واشتهرت النسبة ، حل له أن يشهد[١٧]، انه ملكه ، اذا وقع في قلبه أن الامر كما نسب ٠

لانه [لما] عاينهما ، ونسب الملك اليه ، فقد عرفه في يده ، فاذا وقع في قلبه انه ملكه تحقق دليل الملك في المعلوم ٠

واذا[١٨] لم يعاينهما ، نحو ان قيل لفلان بن فلان الفلاني ، وهو لم يعاينه بوجهه ، ولم يعرفه بنسبة ملك ، بقرية كــــذا ، بحدود كذا ، وهو لم يعاينه[١٩]، لم يحل له أن يشهد بالملك له ٠

وان عاين المالك[٢٠] دون الملك ، لم يحل له أن يشـــــهد بالملك له ٠

وان عاين الملك دون المالك ؛ بأن عاين ملكا[٢١] بحدوده ، ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ، وهو لم يعاينه بوجهــــه ، ولا يعرفه بنسبه ، ففيه قياس واستحسان ، والقياس أن لا يحل ؛ وفي الاستحسان يحل ٠

---

(١٥) س : او عاين الملك دون المالك او عكسهما ٠

(١٦) ص . اما اذا عاينوا الملك ٠

(١٧) ص : ان يشهد على ذلك اذا وقع ٠

(١٨) س . وان لم يعاينهما ٠ فـم : واما اذا لم يعاينهما ٠

(١٩) من قوله : (ولم يعرفه بنسبة ملك بقرية كذا ٠٠٠) الى هنـا ليس في س ٠

(٢٠) س : فان عاين الملك دون المالك ٠٠٠ وقد سقطت هذه العبارة مـــن ف ٠

(٢١) فـجم : بان عاين الملك ٠

وجه القياس : ان هذه شهادة بالملك للمالك ، ثم الجهالة في المشهود به تمنع[٢٢] حل الشهادة ، والجهالة في المشهود له أيضا وجب[٢٣] أن تمنع ٠

وجه الاستحسان : ان النسب مما[٢٤] يثبت بالتسامع والشهرة[٢٥] ، فيصير المالك[٢٦] معروفا بالتسامع والشهرة ، والملك معروف ، فترتفع الجهالة ٠

لكن انما تقبل الشهادة على الملك في الموضع الذي تقبل اذا لم يفسر[٢٧] الشاهد عند القاضي ، واطلق ٠

اما اذا فسره فلا ، كما قلنا في الشهادة على الموت بالتسامع ٠

اذا ثبت هذا قال :

واذا شهد من ادرك الملك[٢٨] ، ولم يعاين المالك ، والمالك كذلك كانت امرأة لا تخرج ، ولا يراها[٢٩] الرجال ، فان كان ذلك [٣٠٥آ] مشهورا عند العوام والناس ، فالشهادة على ذلك جائزة ٠

يريد به اذا عاين الملك ، ووقع في قلبه ان الامر كما اشتهر ٠

---

(٢٢) كه : منع ٠

(٢٣) ف : توجب ٠

(٢٤) ف : كما ٠ س : فيما ٠

(٢٥) هـ : والشهرة لمالك معروف فترتفع الجهالة ٠

(٢٦) ف : الملك ٠

(٢٧) ب : اذا لم يقر ٠٠٠ اما اذا أقر فلا ٠

(٢٨) فم : من ادرك المالك ولم يعاين الملك (وهو سهو) ٠

(٢٩) س : ولا يعاينها الرجال ٠

لان هذا هو صورة من عاين الملك ، ولم يعاين المالك ، وهي الصورة التي أشرنا اليها في صدر الباب ٠

[١٤٤٩] قال :

وقال أبو حنيفة رحمه الله : اذا كانت الدار ، أو[٣٠] الدابة، أو العبد ، أو الثوب ، في يدي رجل ، وسعك أن تشهد ان ذلك له ، وان لم تكن رأيته قبل تلك الساعة ٠

وقال محمد في الجامع الصغير عن ابي حنيفة أنه قال : اذا رأيت شيئا في يدك سوى العبد والامة ، وسعني ان أشهد بذلك [لك][٣١] ٠

والقول الاول رواه[٣٢] أبو يوسف في الامالي ٠

واما ما سوى العبد والامة فقد مر الكلام فيه ٠

واما العبد والامة ففيهما روايتان عن أبي حنيفة :

على رواية أصحاب الاملاء عن ابي يوسف عن ابي حنيفة : يحل [له] أن يشهد له ٠

وعلى رواية الجامع الصغير عن محمد عن أبي حنيفة : لا يحل أن يشهد ٠

وجه رواية ابي يوسف : ان يد المولى ثابتة على العبد [والامة][٣٣] فصار كغيرها[٣٤] من الاموال ٠

(٣٠) هـ‌ف‌س‌ح‌م : والدابة والعبد ٠٠٠ (بالواو كلها) ٠
(٣١) الزيادة من ل ٠ وفي س : ان اشهد لك به ٠
(٣٢) س : رواية ابي يوسف ٠
(٣٣) الزيادة من هـ‌ص ٠

وجه رواية محمد : ان العبد والأمة في يد انفسهما ، فلا تثبت اليد عليهما حقيقة ، فلا تكون صورة اليد حجة •

وهذا الاختلاف فيما اذا كان العبد والامة يعبّران عن أنفسهما ، اما اذا كانا لا يعبران [عن انفسهما][٣٥] فهما والثياب سواء •

قال أبو يوسف : لا يشهد على ذلك حتى تقع معرفة ذلك في قلبه •

ويجوز ان يكون هذا قول الكل •

وبه نأخذ •

والله تعالى اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(٣٤) ف : كغيرها •

(٣٥) الزيادة من س،ل •

الباب السادس والمائـة

في الرجل يرى اسمه وخاتمه[1]وخطه في الكتـــاب ولا يـــذكـــر الشـــهادة

[١٤٥٠] ذكر عن الشعبي أنه قيل له :

ارى[2] نقش خاتمي في الصك ، ولا أذكر الشهادة ، قال : لا تشهد الا بما تعرف[3] ؛ فان الناس ينقشون على الخواتم[4] .

وهذا لان الخط يشبه [٣٠٥ ب] الخط ، والخاتم يشـــبه الخاتم ، والخط قد يزور ، والخاتم قد يفتعل .

[١٤٥١] ثم ذكر صاحب الكتاب آثارا كثـــيرة [في][5] ان الشاهد[6] على الصك اذا رأى خطه ولم يتذكـــــر [الواقعة][7] لا تجـــوز .

---

(١) ب : يرى اسمه وخطه وختمه في الكتاب ولا يشهد .

(٢) س : اني ارى .

(٣) ب : بما تعلم .

(٤) قوله : ذكر عن الشعبي أنه قيل له ارى نقش خاتمي في الصك ولا اذكر الشهادة ... الخ روى وكيع ما يشبهه عن عبدالله بن احمد قال : حدثني ابي ، قال : حدثنـــا أبو معـــاويـــة ، عـــن عمـــرو بن عبدالله ، قـــال : قلـــت للشـــعبي : اني أشهد على الشهادة ، أؤتى بالصـــك فاعرف الخاتم ، قال لا تشهد الا ان تذكـــر (اخبار القضـــاة : ٤٢٣/٢) وروى عبدالرزاق عن الثوري عن ابي معاوية قال : سألت الشعبي : قلت : يشهدني الرجل عـــلى الرجل فاوتى بكتاب يشبه كتابي ، وخاتم يشبه خاتمي ، ولا اذكر ، فقـــال الشعبي : لا تشهد حتى تذكر (المصنف ٣٥٤/٨ ، رقم ١٥٥١٧) .

(٥) الزيادة من ل .

(٦) هـ س ب : ان الشهادة .

(٧) الزيادة من ل .

وقال صاحب الكتاب : وبهذه الاحاديث أخذ[٨] أصحابنا ،
وقالوا : لا ينبغي لرجل ان يشهد على صك وان[٩] كان اسمه
وخاتمه وخطه فيه ، ولم يذكر[١٠] الشهادة ٠

وروى ابن رستم[١١] في نوادره عن محمد أنه يسعه أن يشهد
وان لم يذكر الشهادة ، ذكره[١٢] شمس الائمة الحلواني في شرح
هذا الكتاب ٠

---

(٨) ب : يأخذ ٠

(٩) ب : وان رأى ٠

(١٠) ب : ولم يتذكر ٠

(١١) ابن رستم ، واسمه ابراهيم بن رستم ، ابو بكر المروزي ، أحد الاعلام تفقه على محمد بن الحسن وروى عن ابي عصمة نوح بن ابي مريم المروزي واسد بن عمرو البجلي ، وهما ممن تفقها على أبي حنيفة ، وتفقه عليه الجم الغفير ٠ سمع من مالك والثوري وشعبة وحماد بن سلمة واسماعيل بن عياش وبقية بن الوليد وغيرهم ، قدم بغداد غير مرة وحدث بها فروى عنه الامام احمد بن حنبل وابو خيثمة زهير بن حرب ، وثقه يحيى بن معين وابن حبان، الا أن ابن عدي قال عنه انه منكر الحديث ، عرض عليه المأمون القضاء فامتنع ، مات بنيسابور قدمها حاجا وقد مرض بسرخس فبقى تسعة ايام وهو عليل ومات في اليوم العاشر وهو يوم الاربعاء لعشر بقين من جمادى الآخرة سنة ٢١١ وصلى عليه الامين محمد الطاهر ، ودفن بباب يعمر رحمه الله تعالى انظر الجواهر المضية : ١/٣٧ ـ ٣٨ رقم ١٩ ، ٢/٣٩٧ رقم ١٠٦٩ وفيه انه ذكره صاحب الهداية في البيوع ٠ لسان الميزان : ١/٥٦ رقم ١٤٣ وفيه انه مات سنة ٢١٠ ، طبقات الفقهاء المنسوب لطاش كبرى زادة : ٣٤ ، طبقات ابن الحنائي : الورقة ١١ ب ، الفوائد البهية : ٩ـ١٠ ، تاج التراجم : ص٣ ـ ٤ رقم ٢ ، طبقات الحنفية لعلي القارى (مخطوطة الاوقاف) الورقة : ١٩آ ، الطبقات السنية : ١/٢٢٥ـ٢٢٦ رقم ٣٧ ، تاريخ بغداد : ٦/٧٢ـ٧٤ ، كشف الظنون : ٢/١٩٨١٠

(١٢) صرف‌ل : ذكر ٠ هـ : وذكر ٠ هذا وانظر اختلافهم في ذلك في كتاب اختلاف الفقهاء للطحاوي ص ٢٠١ـ٢٠٢ ٠

وان شهد على ذلك وعلم القاضي[١٣] لم يجز شهادته ، ولم ينفذهـا[١٤] .

[١٤٥٢] قال :

فان ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة وتذكر[١٥] انـــه كتب اسمه في الصك وختم عليه ، ولم يذكر انه شـــهد[١٦] على ذلك[١٧]، فلا يشهد[١٨] عليه • وكذلـــك ان لم يذكـــر انـــه اشهد[١٩] على ذلك[٢٠] المال لم يسعه ان يشهد عليه •

وكذلك ان قال قوم[٢١] ممن يثق بهم : انا قد شهدنا عليها نحن[٢٢] وانت ، وهو لا يذكر[٢٣]، فانه لا ينبغي ان يشـــهد بذلك •

---

(١٣) ف : وحكم القاضي (وهو تصحيف) •

(١٤) من قوله : (وروى ابن رستم •••) الى هنا ليس في ب •

(١٥) س : ولم يذكر اسمه في الصك •

(١٦) قوله : (ولم يذكر انه شهد) هذه العبارة ليست في فـجم •

(١٧) هـ : على ذلك المال لم يسعه ان يشهد عليه كذلك (بحذف عبارة من الجملة) •

(١٨) س : فلا ينبغي ان يشهد على ذلك • هـ : لم يشهد •

(١٩) في الاصل وسائر النسخ : شهد وما اثبتناه عن ب •

(٢٠) قوله : (فلا يشهد عليه وكذلك ان لم يذكر انه شهد على ذلك) ليس في هـ •

(٢١) ص : قوم من بيوتهم (وهو تصحيف) •

(٢٢) ك وسائر النسخ : انا قد شهدنا عليها بحق • وما اثبتناه عن صل •

(٢٣) س : وهو لم يذكره لا ينبغي له •••

صاحب الكتاب لم يذكر الخلاف . فكأنه لم يحفظه ، والكلام[٢٤] في هذه المسألة على سبيل الاستقصاء[٢٥] ذكرناه في باب القاضي يجد في ديوانه شيئا لا يحفظه .

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(٢٤) س : والكلام مر في هذه المسألة على سبيل الاستقصاء في باب...

(٢٥) ب : على الاستقصاء مر في باب ...

الباب السابع والمائة

في شهادة الاخ لأخيه[1]

وذكر بعده :

باب شهادة الوالد لولده والولد لوالده والزوج والمرأة

وبعده :

باب شهادة الظنين ودافع المغرم وجار المغنم
وأصحاب الصناعات والشريك والخصم[2]
[وبائع الاكفان][3]

[شهادة الاخ لاخيه]

[١٤٥٣] ذكر[4] في الباب الاول آثارا لبيان أن شهادة الاخ لاخيه مقبولة[5] .

---

(١)س . الاخ لاخيه وشهادة الوالد لولده والولد لوالده وشهادة احد الزوجين للاخر . فجم الاخ لاخيه وذكر بعد هذا شهادة الوالد لولده والولد لوالده والزوج والمرأة بعد ذلك وما يليه وما قيل في هذا المجال في بعض النسخ باب شهادة الظنين .

(٢) س : والخصم والظنين والشريك لشريكه وبائع الاكفان .

(٣) الزيادة من س ومن سياق ما سيورده الشارح في آخر الباب .

(٤) ب : وذكر .

(٥) قوله : آثارا لبيان ان شهادة الاخ لاخيه مقبولة قلت منها ما رواه وكيع المحرمي . حدثنا أبو داود . عن سفيان ، عن الشيباني ، عن الشعبي ، عن شريح : انه كان يجيز شهادة الاخ لاخيه (اخبار القضاة : ٢/٢٥٢) وانظر ما رواه عبدالرزاق عنه وعن عمر بن عبدالعزيز ، وابن الزبير ، وابن سيرين ، وقتادة ، وعثمان البتي ، وعمر ، وابن المسيب ، وغيرهم في جواز شهادة الاخ لاخيه (المصنف : ٨/٣٤٢-٣٤٣ رقم ١٥٤٦٦ ـ ١٥٤٧٥) والبيهقي (السنن الكبرى : ١٠/٢٠٢) وانظر المبسوط (١٦/١٢١) واختلاف الفقهاء للطحاوي : ٢٢٥ .

ومن العلماء من قال : لا تقبل[٦] ٠

قيل هو قول ابراهيم[٧] ٠

وذكر في بعض النسخ : فعلى قياس قوله : كل قرابة تمنع النكاح [٣٠٦ آ] تمنع قبول الشهادة ٠

والصحيح ما شهدت به الآثار ، وأخذ به عامة العلماء : ان شهادة الاخ لاخيه مقبولة ٠

[وكذا شهادة الاخ على أخيه][٨] ؛ لان التهمة قد انتفت بينهما من كل وجه ؛ لظهور العداوة ، والتحاسد بينهما ٠

[شهادة الوالد لولده والولد لوالده]

[١٤٥٤] وذكر في الباب الثاني آثارا [تدل على][٩] أن شهادة

---

(٦) س : لا تقبل وهو قول ابراهيم ٠

(٧) قوله : قيل هو قول ابراهيم قلت روى عبدالرزاق عن الثوري ، عن منصور ، عن ابراهيم قال : اربعة لا تجوز شهادتهم : الوالد لولده ، والولد لوالده ، والمرأة لزوجها ، والزوج لامرأته ، والعبد لسيده ، والسيد لعبده ، والشريك لشريكه في الشيء اذا كان بينهما ، واما فيما سوى ذلك فشهادته جائزة (المصنف ٨/٣٤٤ رقم ١٥٤٧٦) ويلاحظ انه لم يذكر شهادة الاخ لاخيه مع تعداده لمن لا تقبل شهادتهم لمن معهم ، ولهذا قال الشارح : (قيل هو قول ابراهيم) اشارة الى ضعف هذا القول ، وعدم ثبوته ٠ ونقل الطحاوي ان هذا الرأي أعني عدم قبول شهادة الاخ لاخيه هو رأي الاوزاعي (اختلاف الفقهاء : ٢٢٥) ٠

(٨) الزيادة من السياق ولم توجد في الاصل ولا في النسخ الاخرى ، واثباتها لا يستقيم الكلام بدونه فالتهمة في شهادة الاخ لاخيه لا تنتفي من كل وجه ٠ ولا تظهر العداوة والتحاسد بينهما الا اذا كانت الشهادة عليه لا له فليلاحظ ذلك ٠

(٩) الزيادة من س ٠

[الوالد لولده و][10] الولد لوالده لا تقبل ·
ومن العلماء من قال : تقبل[11] ·

[شهادة الزوج لزوجته والزوجة لزوجها]

[١٤٥٥] وذكر آثارا لبيان ان شهادة الزوج لزوجته [أو[12] الزوجة لزوجها لا تقبل ·

ومن العلماء من قال : شهادة الزوج لزوجته تقبل][13] ، وشهادة الزوجة لزوجها لا[14]تقبل[15] ·

وقال الشافعي :

شهادة الزوج لزوجته وشهادة الزوجة لزوجها تقبل[16] ·

---

(١٠) الزيادة من ب ·

(١١) قوله : (ومن العلماء من قال : تقبل) قلت روى وكيع عن عبدالله ابن ايوب المخرمي ، قال حدثنا يحيى بن ابي بكير ، عن اسرائيل ، عن ابي اسحق، عن عثمان بن ابي عثمان ، عن شريح : انه كان يجيز شهادة الابن للاب (اخبار القضاة : ٢/٢٧٦) في حين ان شريحا لا يجيز ذلك فانظر المصنف لعبدالرزاق (٨/٣٤٤ رقم ١٥٤٧٤) وفيه ان من المجيزين لها عمر بن عبدالعزيز (نفس المصدر رقم ١٥٤٧٥) ، وحول خلاف الفقهاء في ذلك انظر المبسوط (١٦/١٢١)، المغني : ١٢/٦٤-٦٧ ، الشرح الكبير : ٧١ ـ ٧٣ ، اختلاف الفقهاء للطحاوي : ١٩٤ ـ ١٩٥ ·

(١٢) ل : وشهادة الزوجة لزوجها ·

(١٣) الزيادة من س هـ ل ب ص وقد سقطت من الاصل ك ومن ف ج م ·

(١٤) (لا) سقطت من ف ·

(١٥) قوله (تقبل) ليس في هـ · قلت : وهذا الرأي نقله الطحاوي عن الثوري (اختلاف الفقهاء ١٩٥) ·

(١٦) قوله : (وقال الشافعي : شهادة الزوج لزوجته وشهادة الزوجة لزوجها تقبل) انظر رأي الشافعي في الام : ٧/٤٢ ، المختصر من كلام الشافعي : ٥/٢٥٦ ، ادب القاضي للماوردي جـ٣ ـ قيد الطبع الفقرة ٤٦٠١ وما بعدها · وانظر اختلاف الفقهاء للطحاوي : ١٩٥ ·

وقال أصحابنا[١٧]: كل ذلك لا يقبل[١٨] ؛ فانه قـــال الخصاف :

بهذه الاحاديث اخذ اصحابنا ، وقالوا : لا تجوز شهادة الاب لابنه ، ولا الزوج لامرأته[١٩]، ولا المرأة لزوجها ، ولا العبـــد لسيده ، ولا لغير سيده ، ولا السيد لعبده ، ولا المكاتب والمدبر[٢٠]، و [لا] ام ولده[٢١] ، ولا شهادة احد من هؤلاء له ٠

وكذلك شهادة الرجل لولد ولده وان سفلوا ، أو لامه[٢٢] ، أو لاجداده ، وكذلك شهادتهم له لا تجوز[٢٣] ٠

وهذه الجملة معروفة في المختلف ٠

[شهادة الخصم والظنين]

[١٤٥٦] وذكر في الباب الثالث عن طلحة بن عبدالله[٢٤] بن عوف ، أنه قال :

---

(١٧) ب : وقال علماؤنا ٠

(١٨) س : لا يقبل قال الجصاص (كذا) بهذه الاحاديث اخذ علماؤنا ٠

(١٩) ل : لزوجته ولا الزوجة لزوجها ٠

(٢٠) ب : ولا المكاتبة ولا المدبرة ٠

(٢١) سص : ولا ام الولد ٠ ل : وام الولد ٠ ب : ولا لام ولده ٠

(٢٢) س : ولا امه واجداده ٠

(٢٣) قوله (لا تجوز) ليس في ل ٠ وقوله : وكذلك شهادة الرجـــل لولد ولده وان سفلوا أو لامه او لاجداده وكذلك شهادتهم له لا تجوز) ليس في فم ٠

(٢٤) صس : طلحة بن عبيدالله (وهو سهو) وقد مرت ترجمة طلحة بن عبدالله بن عوف الزهري في ٢/١١١ من هذا الكتاب ٠

« أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم مناديا فنـــادى : لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين »[٢٥] .

أما شهادة الخصم فلأنها[٢٦] شهادة لنفسه ، والشـــهادة لنفسه دعوى .

واما شهادة [الظنين فلأنها شهادة] متّهم ، اذ الظنين[٢٧] هو المتهم .

واختلفوا في تهمته :

قال بعضهم : هو أن يكون له اتصال بصاحب المال ؛ بأن[٢٨] يكون أجيرا[٢٩] وجد له .

وقال بعضهم : اراد به أن يكون متهما بالفسق[٣٠] .

وقال بعضهم : اراد به أن يكون متهما بالرشوة .

واي ذلك كان[٣١] فشهادته لا تقبل .

[شهادة دافع المغرم والشريك والاجير والعبد]

[١٤٥٧] ذكر عن شريح انه قال :

لا أجيز [٣٠٦ب م] شهادة خصم ، ولا مريب ، ولا دافـــع المغرم ، ولا الشريك لشريكه[٣٢] ، ولا أجير لمن استأجره ، ولا

---

(٢٥) حديث طلحة بن عبدالله بن عوف أنه قال : « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم مناديا فنادى : لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين » مر تخريجه في جـ٢ ص١١٢ من هذا الكتاب .

(٢٦) ف ب : لانه . هـ : لانها . ل : فانها .

(٢٧) ف : والظنين .

(٢٨) قوله : (بان يكون) ليس في ص ومحله بياض فيها .

(٢٩) ب : اجير رجل له . ف ص : اجيرا لواحد له .

(٣٠) ب : بالعتق (وهو تصحيف) .

(٣١) ف ص : ما كان .

(٣٢) ب : لشريك .

العبد لسيده[٣٣] ·

أما شهادة الخصم · فلأنها[٣٤] دعوى ·

واما شهادة المريب[٣٥] ، فهو[٣٦] المتهم ·

واما دافع المغرم ، فهو[٣٧] أن يدفع بشهادته ضمانا عن نفسه ·

واما الشريك والاجير ، [فانهما][٣٨] عاملان لانفسهما ·

[شهادة النخاسين]

[١٤٥٨] ذكر عن أبي هريرة رضي الله عنه [انه] قال : لا تجوز شهادة أصحاب الحمير ، يعني النخاسين ·

والمراد[٣٩] منه الدلالون ·

وانما لم تقبل[٤٠] ، لانهم يجازفون ، ويكذبون ، ولا يبالون بذلك ·

---

(٣٣) قول شريح : لا اجيز شهادة خصم ولامريب ··· الخ رواه عبد الرزاق عن معمر عن ايوب عن محمد قال : سمعت شريحا يقول : لا أجيز عليك شهادة الخصم ، ولا الشريك ، ولا دافع مغرم ، ولا جار مغنم ، ولا مريب ·· الخ في حديث طويل (المصنف ٨/٣٢٢ رقم ١٥٣٧١) ، ورواه باسناد آخر عن ابن سيرين عن شريح (نفس المصدر رقم ١٥٣٧٢) ورواه وكيع في اخبار القضاة : ٢/٣٤١ ، ورواه الامام ابو يوسف في الآثار عن ابي حنيفة عن الهيثم عن عامر عن شريح (الآثار : ١٦٢ رقم ٧٣٩) ورواه الامام ابو حنيفة (جامع مسانيد الامام الاعظم : ٢/٢٧٦ ·

(٣٤) كهب : لانه ·

(٣٥) ب : واما المريب فهو ·

(٣٦) ل : فالمريب هو المتهم · والفاء زيادة من س ب ·

(٣٧) ب : وهو ·

(٣٨) الزيادة من فجم ومن ل : فلانهما ·

(٣٩) س : واراد به الدلالين ·

(٤٠) ب : لم تقبل منهم لانهم ·

فاما من كان عدلا فلا تسقط عدالته وشهادته بسبب الحرفة ٠

[شهادة العشار]

[١٤٥٩] ذكر عن الحسن[٤١] قال :

لا تجوز شهادة العشار[٤٢] ٠

اراد به الذي يأخذ بغير حق ٠

لان الاخذ بغير حق يكون ظلما ، فيكون فسقا ٠

[شهادة تارك الجمعة]

[١٤٦٠] ذكر عن عبدالله بن يعلى ، قال :

لا تجوز[٤٣] شهادة من تقوم عليه البينة انه ترك الجمعة ثلاث مرات ٠

لانه ترك الغرض فصار فاسقا ، فترد[٤٤] الشهادة ٠

ثم ذكر[٤٥] ثلاث مرات ، قال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله :

التقدير بالثلاث شرط ، كما ذكر في الكتاب ، لان الثلاث

---

(٤١) هـ ف ص : الحسين ٠

(٤٢) س : العاشر ٠

(٤٣) ب : لا أجيز ٠

(٤٤) س : فردت الشهادة ٠ ف : لانه في ترك الفرض يصير فاسقا مردود الشهادة ٠

(٤٥) س : ثم قال ٠

أقل الجمع ، وليس لما زاد عليه نهاية[٤٦] .

وقال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني :

هذا[٤٧] الشرط ليس بلازم ، بل اذا تركها مرة كفى لترد الشهادة .

وهكذا ذكر صاحب الكتاب بعد هذا فانه [قال] :

من ترك الجمعة رغبة عنها على غير تأويل ، فشهادته غير جائزة .

ولم يقدر بالثلاث .

وهذا كله اذا تركها اختيارا .

فاما اذا[٤٨] تركها بعذر كالمرض ، وبعده عن المصر[٤٩] ، أو بتأويل ؛ بأن كان يفسق الامام ، فلا ترد شهادته .

لانه[٥٠] في الوجه الاول معذور . وفي الوجه [٣٠٧آ] الثاني يصير صاحب هوى ، وشهادة[٥١] اصحاب الاهواء تقبل ، اذا كان عدلا في التعاطي .

والى هذا اشار صاحب الكتاب بعد هذا .

وقد مر هذا من قبل .

---

(٤٦) فجم : وليس عليه لما زاد عليه شهادة .

(٤٧) صوبسف : هذا ليس بشرط لازم .

(٤٨) س : فاما اذا تركها بغير الرضى او بعذر المرض .

(٤٩) ص : من المصر .

(٥٠) كهـ : لان .

(٥١) ب : وشهادة أهل الهوى .

[شهادة من لم يؤدّ زكاته]

[١٤٦١] ذكر عن الضحاك قال :

من لم يؤدّ الزكاة لم تقبل شهادته ·
لانه بمنع الزكاة صار فاسقا ·

[شهادة الاعرابي على القروي]

[١٤٦٢] ذكر عن يونس[٥٢] عن ابن شهاب قال :

شهادة الاعرابي على القروي جائزة اذا لم يكن متهما في الدين[٥٣] ·

ومن العلماء من قال غير جائزة لقوله تعالى :
« الاعراب اشد كفرا ونفاقا »[٥٤] ·

فالله تعالى وصفهم بالجهل ، وقلة العلم · وعن ذلــك[٥٥] قال بعض العلماء : لا تجوز شهادة القروي[٥٦] ، وتجوز شــهادة أهل الامصار ·

---

(٥٢) ص : ذكر عن أبي يوسف عن ابن شهاب ···

(٥٣) حديث ابن شهاب (اي الزهري) حول جواز شهادة الاعرابي على القروي رواه الطحاوي (اختلاف الفقهاء : ١٩٠) وللشافعي رحمه الله ما يشابه ذلك اذ قال بعد ذكر جملة ممن تجوز شهادتهم : وهكذا تجوز شهادة البدوي على القروي والقروي على البدوي والغريب على الآهل والآهل على الغريب ليس من هذا شيء ترد به الشهادة اذا كانوا كلهم عدولا (الام : ٦/٢١٤) وانظر مختصر المزني من كلام الشافعي : (٥/٢٥٨) ·

(٥٤) التوبة : ٩٨ ·

(٥٥) س : ومن ذلك ·

(٥٦) هـب : لا تجوز شهادة الاعرابي ·

وقال عامة العلماء :

تجوز شهادة الاعرابي اذا كان عدلا لقوله تعالى :

« ومن الاعراب من يؤمن بالله واليوم الآخر »(٥٧) الآية • فالله تعالى مدحهم ، والحديث انما كان في وقت(٥٨) كانت الهجرة فريضة ، فاذا تركوا الهجرة فقد تركوا الفريضة ، فصاروا(٥٩) فسقة ، ثم انتسخت الهجرة بعد ذلك ، فبترك الهجرة لا يصير فاسقا :

[شهادة ذوي الصناعات]

[١٤٦٣] قال(٦٠) :

واما الصناعات ، فان شهادة(٦١) أهلها اذا كانوا عدولا جائزة(٦٢) •

وقال بعض العلماء : لا تجوز لكثرة خلافهم وكثرة ما يجري من الايمان الفاجرة بينهم •

وقال عامة العلماء : تجوز •

لان المجوز العدالة ، وقد وجدت •

---

(٥٧) في ب تتمة الآية وهو قوله : ويتخذ ما ينفق قربات عند الله وصلوات الرسول ••• والاية من سورة التوبة : ١٠٠ •

(٥٨) فـجم : انما كان في وقت الهجرة كانت فريضة •

(٥٩) ك : وصاروا • س : فبتركها يكون فاسقا ثم نسخت الهجرة فلم يكن تاركها فاسقا •

(٦٠) قوله : (قال) ليس في ب •

(٦١) ب : فشهادة •

(٦٢) ب : اذا كانوا عدولا تجوز •

[شهادة بائع الاكفان]

[١٤٦٤] قال[٦٣]:

وشهادة بائع الاكفان لا تقبل ٠

قال شمس الائمة الحلواني :

انما لا تقبل عندنا اذا ابتكر لذلك[٦٤]، وترصد لذلك العمل ؛ لانه حينئذ يتمنى الموت والطاعون ٠

اما اذا كان يبيع[٦٥] الثياب ، ويشترى منه الكفن ، فتجوز شهادته ٠

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(٦٣) ف : قالوا ٠

(٦٤) ص س : لذلك العمل ٠

(٦٥) بص : يبيع الثياب هكذا ويشتري ٠

الباب الثامن والمائة

﴿ في شهادة الخصي[1] ﴾

وذكر بعد [٣٠٧ب]

﴿ باب[2] من لا يجوز شهادة الاقلف ﴾

وذكر بعده

﴿ باب من[3] يقبل شهادة الاقلف ﴾

وذكر بعده

﴿ باب شهادة[4] ولد الزنى ﴾

[شهادة الخصي]

[١٤٦٥] ذكر[5] في الباب الاول عن عمر رضي الله عنه أنه اجاز[6] شهادة علقمة الخصي[7] على قدامة بن

---

(١) س : الباب الثامن بعد المائة في شهادة الخصي والاقلف وولد الزنى ٠

(٢) ل : باب من قال لا تجوز ٠٠

(٣) لب : باب من قال تجوز شهادة الاقلف ٠

(٤) ب : باب من لا يجوز شهادة ولد الزنى ٠

(٥) س : ذكر عن عمر ٠

(٦) ب : جوز ٠٠

(٧) علقمة الخصي احد الذين شهدوا على قدامة بن مظعون في اقامة الحد عليه لشربه الخمر انظر الخبر في الاصابة ٣/٢٢٠-٢٢١ وانظر كتب التخريج ومصادر ترجمة قدامة ٠

مظعون[٨] •

في الحديث دليل على ان شهادة الخصي مقبولة •

وبه نقول[٩] : ان شهادة الخصي اذا كان عدلا جائـــزة في الدماء ، والقصاص ، وحد الزنى ، وجميع الحقوق •

---

(٨) قدامة بن مظعون : أبو عمرو وقيل أبو عمر قدامة بن مظعون بن حبيب بن وهب بن حذافة بن جمح القرشي الجمحي ، وهو أخو عثمان بن مظعون، وخال ابن عمر وكانت تحته صفية بنت الخطاب ، صحابي جليل كان مـــن السابقين الى الاسلام ، هاجر الى الحبشة مع اخويه عثمان وعبدالله ، ثم هاجروا الى المدينة ، وشهد بدرا واحدا والخندق وسائر المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم واستعمله عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خلافته على البحرين توفي سنة ست وثلاثين وهو ابن ثمان وستين سنة انظر تهذيب الاسماء واللغات : (٦٠/٢/١ رقم ٧١) ، طبقات ابن ســـعد : ٤٠٨/٥ ـ ٤٠٩ ، الاســـتيعاب : ٢٤٨/٣ ـ ٢٥١ ، الاصابة : ٢١٩/٣ ـ ٢٢١ رقم ٧٠٩٠ ، اسد الغابة : ٣٩٤/٤ـ ٣٩٦ رقم ٤٢٧٧ •

وحديث أن عمر رضي الله عنه اجاز شهادة علقمة الخصي قال الزيلعي : رواه ابن أبي شيبة في مصنفه في الاقضية حدثنا ابن علية عن ابن عون عن ابن سيرين ان عمر اجاز شهادة علقمة الخصي على ابن مظعون (نصب الراية : ٨٦/٤) وانظر الدراية (١٧٣/٢) ورواه ابو نعيم في الحلية في ترجمة عبدالرحمن بـــن مهدي عن احمد بن اسحق ، ثنا عبدالرحمن بن سلم ، ثنا عبدالرحمن بن عمر ، ثنا عبدالرحمن بن مهدي ، ثنا اسماعيل بن مسلم ، عن ابن المتوكل الناجي ان الجارود شهد على قدامة انه شرب من الخمر فسأله عمر هل معك شاهد غيرك ؟ قال : لا قال : عمر ما اراك يا جارود الا مجلودا ، قال : سترت ختنك واجلد انا ؟ فقال علقمة لعمر وهو قاعد : اتجوز شهادة الخصي ؟ قال قال : اني اشهد اني قد رأيته يقيئها : قال عمر : ما قاءها حتى شربها ، فاقامه فجلده الحد (الحلية طبعة دار الكتاب العربي : ١٥/٩) وقال ابن حجر : اخرج أبو علي بن السكن مـــن طريق علي بن عاصم عن ابن ريحانة عن علقمة الخصي يقول لما قدم الجارود على عمـــر ••• الخ الخبر (الاصابة : ٢٢٠/٣ـ٢٢١) •

(٩) س : وبه نقول اذا كان الخصي عدلا تجوز شهادته في الدمـــاء والقصاص •••

لانه رجل عدل ، اكثر ما في الباب انه قطع عضوه ، وقطع سائر اعضائه لا يوجب سقوط العدالة ، فكذا قطع هذا العضو •

[شهادة الاقلف]

[١٤٦٦] وذكر[١٠] في الباب الثاني عن ابن عباس رضي الله عنه قال :

الاقلف لا تقبل شهادته[١١] ، ولا تقبل له صلاة ، ولا تؤكل ذبيحته[١٢] •

وهذا مذهبه •

وعندنا تجوز[١٣] شهادته ، وتؤكل ذبيحته اذا لم يكن تركه الختان رغبة[١٤] عن السنة •

نص على قول اصحابنا صاحب الكتاب في الباب[١٥] الثالث •

---

(١٠) س : وذكر عن ابن عباس •

(١١) ب : لا تجوز شهادته • س : لا تقبل شهادته وتؤكل ذبيحته اذا لم يكن ترك الختان (بسقوط عبارة) •

(١٢) قوله : عن ابن عباس رضي الله عنه : الاقلف لا تقبل شهادته ••• الخ قال الزيلعي : اخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب الاقضية: حدثنا محمد بن بشر ، ثنا سعيد عن قتادة ، عن جابر بن زيد عن ابن عباس قال : لا تجوز شهادة الاقلف ، ولا تقبل له صلاة ولا تؤكل له ذبيحة قال : وكان الحسن لا يرى ذلك انتهى ورواه عبدالرزاق في مصنفه في كتاب الحج اخبرنا معمر عن قتادة قال : كان ابن عباس يكره ذبيحة الارغل (اي الاقلف) ويقول : لا تجوز صلاته ولا تقبل شهادته وفيه قصة • ومن طريق عبدالرزاق رواه البيهقي في شعب الايمان في الباب الستين منه (نصب الراية : ٤/٨٧) وانظر الدراية : (٢/١٧٣)•

(١٣) فجهس : وعندنا تقبل شهادته •

(١٤) س : من رغبته عن السنة •

(١٥) قوله : (في الباب الثالث) ليس في س •

وهذا لان قبول الشهادة يعتمد العدالة ، والعدالة لا تنعدم بترك[١٦] الختان ؛ لان اكثر ما في الباب أنه ترك السنة ، وترك السنة لا يوجب الفسق اذا لم يكن الترك رغبة عن السنة ، واباحة الذبيحة تعتمد [على][١٧] ملّة التوحيد ، وقد وجدت •

اما اذا ترك الختان بعد[١٨] الكبر فلا تسقط عدالته ؛ لانه ما ترك رغبة عن السنة ، بل صيانة لمهجته •

[١٤٦٧] ذكر عن امية[١٩] بنت ابي بردة الاسلمي أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الاقلف يحج بيت الله تعالى قال : « لا ، حتى يختتن » •

يحتمل انه انما قال[٢٠] ليتطهر ، فيكون أطهر عند الطواف •

[١٤٦٨] ذكر عن شداد بن أوس قال :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
« الختان [٣٠٨آ] للرجال[٢١] سنة ، وللنساء مكرمة »[٢٢] •

---

(١٦) ب : بتركه •
(١٧) الزيادة من س وفي بهـ تعتمد على التوحيد وقد وجد •
(١٨) س : بعذر الكبر لا تبطل عدالته •
(١٩) ج : انيسة • ل : امينة بنت ابي برزة الاسلمي • ص : آمنة ، هـ : امية بن ابي بردة •••
(٢٠) ب : انما قال ذلك ليتطهر •
(٢١) ص س : للرجل •
(٢٢) حديث « الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة » رواه الامام احمد عن شريح ، ثنا عباد يعني بن العوام عن الحجاج عن ابي المليح بن اسامة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الختان سنة للرجال مكرمة للنساء » (مسند ←

قال شمس الائمة الحلواني :

في الختان ثلاثة أقاويل :

قال بعضهم : سنة ٠

وقال بعضهم : واجب ٠

وقال بعضهم : فريضة ٠

وتأيد[٢٣] القول الاول بهذا الحديث ٠

فاما [كونه] للنساء مكرمة [فقد] قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني : [كانت][٢٤] النساء تختتن في زمن[٢٥] رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان[٢٦] ذلك مكرمة ؛ لانها ألـذ للرجال[٢٧] عند المواقعة ٠

الامام احمد : ٥/٧٥) قال السيوطي : واخرجه الطبراني عن شداد بن اوس وعن ابن عباس في حديث حسن (الجامع الصغير : ٢/١٢) وانظر التيسير في شرح الجامع الصغير (١/٥٣٥) وفيه قال : اخذ بظاهره أبو حنيفة ومالك فقالا سـنة مطلقا وقال احمد واجب للذكر سنة للانثى واوجبه الشافعي عليهما ثم قال واسناده ضعيف خلافا لقول المؤلف حسن ٠ وانظر الفتح الكبير في ضم الزيادة الى الجامع الصغير : (٢/١٠٥) وقد احال اصحاب المعجم المفهرس الى الباب ١٦٧ من كتاب الادب في سنن ابي داود فلم أجده (انظر المعجم المفهرس مادة ختن ٢/١١) ٠

(٢٣) س : وتأويل القول الاول ٠٠٠

(٢٤) ك : هذا كن للنساء في زمن (كذا) وفي ص : هكذا كن النسـاء (كذا ايضا) ٠ هل : هذا كن النساء ٠ ب : هذا اذا كانت النساء ٠٠٠ وكل ذلك تصحيف ٠

(٢٥) هسل : في زمن اصحاب رسول الله ٠

(٢٦) ب : وانما كان ٠

(٢٧) ل : للرجل ٠

[١٤٦٩] وذكر في الباب الثالث آثارا(٢٨) تدل على ان شهادة الاقلف مقبولة .

وبه أخذ اصحابنا اذا(٢٩) لم يكن ترك الختان رغبة عن السنة .

[شهادة ولد الزنى]

[١٤٧٠] وذكر(٣٠) في الباب الرابع أن رجلا شهد عند عمر بن عبدالعزيز فقال المشهود عليه : انه لا تقبل شهادته ، فقال : لمَ ؟ قال : لانه لا يدري من أبوه(٣١) ، فقال : ائتني بشاهدين سوى هذا .

فاختلف العلماء في شهادة ولد الزنى :

قال بعضهم : لا تقبل مطلقا .

وقال بعضهم : تقبل في كل شيء الا في الزنى ، قيل : وهو قول مالك(٣٢) .

وقال بعضهم : تقبل اذا كان عدلا ، وبه أخذ اصحابنا . لان الشهادة تعتمد(٣٣) العدالة [والولاية](٣٤) وقد وجدت .

والله تعالى اعلم بالصواب



---

(٢٨) س : وذكر في الباب آثارا كثيرة تدل ..

(٢٩) س : اذا لم يترك .

(٣٠) س : وذكر ان رجلا .

(٣١) س : ابيه .

(٣٢) هـ : مالك بن يونس . ل مالك بن انس رحمه الله .

(٣٣) لص : معتمدة .

(٣٤) الزيادة من صلهسب .

الباب التاسع والمائة

في شهادة السمع

[١٤٧١] ذكر[١] عن الشعبي وعن ابراهيم رحمهما الله قـــالا :

شهادة السمع جائزة ·

يريد به : أنه اذا سمع انسان اقرار[٢] انسان لانسان بحق، أو سمع بيعا ، أو طلاقا ، أو عتقا[٣] ، أو قذفا ، جاز له أن يشهد، وان لم يأمره بذلك ·

وبه نأخذ ·

ومن العلماء من قال : لا يجوز حتى يُشهَدَ[٤] على ذلك · والصحيح ما قلنا[٥] ·

وعلى هذا الائمة من السلف ·

---

(١) ص : ذكر عن ابراهيم قال شهادة السمع ··· (بسقوط لفظـــه الشعبي) · وخبر انهما قالا شهادة السمع جائزة روى عبدالرزاق عن الثوري عن جابر ومطرف عن الشعبي قال : شهادة السمع جائزة من كتمها كتم شـــهادة (المصنف : ٨/٣٥٥ رقم ١٥٥٢١) ·

(٢) س : اقرار انسان بحق بيعا كان او عتاقا او طلاقا او فداء جاز له ان يشهد ··· وقد سقطت الجملة من نسخة ص ومحلها بياض فيها ·

(٣) ل : او عتاقا ·

(٤) ب : حتى يستشهد ·

(٥) س : والصحيح قولنا وعليه أئمة السلف ·

لان الشهادة تعتمد العلم وقد وجد ٠

وهذا اذا سمع من الرجل يقر بهذه الاشياء ويعاينه[٧] ٠

اما اذا سمع[٨] [من][٩] وراء حجاب ، فلا يجوز له أن يشهد، ولو شهد[١٠] وفسر للقاضي ، فالقاضي لا يقبل ٠

لان العلم لم يحصل[١١] وانما حصل الظن[١٢]؛ لان [٣٠٨ب] النغمة[١٣] تشبه النغمة ، فاذا[١٤] دخل في بيت ، وعلم انه ليس في البيت غير واحد ، ثم خرج وقعد على باب البيت ، وليس للبيت مسلك الا هذا الباب ، فأقر الرجل الذي داخل البيت بشيء[١٥]، والرجل الجالس على باب البيت لا يراه ،

فالآن وسعه ان يشهد عليه بما أقر ٠

هكذا قال صاحب الكتاب ٠

لانه حصل له العلم ، فصار شرط الشهادة على السمع أحد شيئين[١٦] :

---

(٧) هـ : ويعاينها ٠
(٨) ل : اما اذا سمع القول من ٠٠٠
(٩) الزيادة من فجمل ٠
(١٠) ل : ولو شهد بذلك وفسره ٠
(١١) س : ما حصل بل حصل الظن ٠
(١٢) من قوله : (للقاضي فالقاضي لا يقبل لان العلم ٠٠٠) الى هنا ليس في ص ٠
(١٣) س : لان النغمة تشتبه فان دخل المقر في بيت ٠
(١٤) هـ : وان دخل ٠ لس : فان ٠
(١٥) ب : فاقر الرجل الذي داخل البيت بدين والرجل الجالس ٠٠٠
(١٦) ب : احد الشيئين ٠

ان[17] يسمع منه ويعاينه ·

أو يسمع منه على هذا الوجه الذي ذكرنا آنفا ·

[١٤٧٢] قال :

ولو أن رجلا أشهد رجلا على نفسه بحق لرجل ، فسمع ذلك رجل آخر وسعه أن يشهد عليه بذلك الحق ·

وكذا القاضي اذا أشهد قوما : أنه قضى لرجل بشيء على رجل ، وقوم آخرون يسمعون ذلك ، ولم يشهدهم القاضي على قضائه ، وسعهم أن يشهدوا بذلك ·

وان[18] فسروا ذلك للقاضي الذي شهدوا عنده اجاز شهادتهم ·

وكذا تزويج[19] امرأة بحضرة قوم جمعوا لذلك فزوجها الولي ، والقوم[20] حضور يسمعون ذلك ، وسعهم ان يشهدوا على النكاح ·

فرق بين هذا كله وبين[21] من أشهد انسانا على شهادته[22]، فسمع آخر لا يسعه أن يشهد ·

---

(١٧) س ل : أما ان يسمع منه على هذا الوجه أو يسمع منه ويعاينه ·

(١٨) ف : ان (بسقوط الواو) ·

(١٩) بس : وكذا لو تزوج امرأة بحضرة قوم ·

(٢٠) ل : وقوم آخرون حضور ·

(٢١) س : وبين ما اذا أشهد ·

(٢٢) هـ : على شهادة ·

والفرق : أن الاقرار والقضاء والنكاح موجب بنفسه ، فكان حجة بنفسه • فاذا عاين الحجة حصل له العلم • فاما الشهادة فليست بموجبة ، وليست بحجة بنفسها ، وانما تصير موجبة وتصير حجة بالنقل الى مجلس القضاء ، فصار الفرع نائبا عن الاصل في نقل شهادته ، والنيابة لا تثبت(٢٣) الا بالانابة •

والله تعالى اعلم بالصواب

★ ★ ★

(٢٣) ل : لا تحصل •

الباب العاشر والمائة

في الرجلين يدخلا[1] بين القوم ، فيقولان : لا تشهدوا علينا بما سمعتم من اقرارنا لاحد الفريقين

[٣٠٩ آ]

وذكــــر بعـــده :

باب شهادة المختفي[2]

وذكــــر بعـــده :

باب شهادة الوصي

وذكــــر بعـــده :

بـــاب شـــهادة العبـــد

[في الرجلين يدخلان بين القـــوم فيقولان : لا تشهدوا علينا بما سمعتم من اقرارنا لاحد الفريقين]

[١٤٧٣ ذكر في الباب الاول عن ابن سيرين انه كان يكـــره أن يدخل بين[3] رجلين ، فيقولان : [لا تشهد علينا ، ويقولان ان رأيت منكرا قمت ثمة •

---

(١) فـجم : في الرجلين يوجدان بين القوم • لس : الباب العاشر بعد المائة في الرجلين يدخلان على القوم فيقولان لا تشهدوا علينا بما سمعتم وشهادة المختبيء والصبي والعبد •

(٢) صرفـص : شهادة الخنثى • لس : وشهادة المختبيء •

(٣) س : بين اثنين •

وبه نقول : انه يكره ان يدخل بين اثنين ، يقولان [4] له :
لا تشهد علينا بما تسمع منا ، ولا تشهد لاحد الفريقين بشـــيء يدور بيننا ٠

[و] مع هذا لو دخل وسمع من أحد الفريقـــين ما يكـــون اقرارا للفريق الآخر ، فطلب المقر له الشهادة ، وقال : اشهد[5] بما سمعت ، فمن العلماء من قال :

لا يحل له أن يشهد ٠

لان الشهادة أمانة ، وقد منعناه[6] من تحمل الامانة ٠

وذكر صاحب الكتاب : انه يحل ٠

وبه أخذ علماؤنا ٠

لانه حصل له العلم ٠

فلو امتنع [الشاهد][7] عن الشهادة صار كاتما للشهادة ، ولا يجوز أن يكتم الشهادة بقول من يجب عليه الحق ، ولو كتم كان آثمـــــا ٠

[١٤٧٤] ذكر عن الحسن[8] أنه قال :

ان قالوا : لا تشهد علينا ، فان أقر رجل لآخر[9] بشـــيء

(٤) الزيادة من فهصلب ٠
(٥) ب : تشهد ٠
(٦) س : وكل واحد من الفريقين قد منعناه من تحمل الشهادة ٠ ل : وقد منعاه (كذا) ٠ ص : وقد منعنا ٠
(٧) الزيادة من فجم ٠
(٨) صفجمب : ذكر عن الحسين ٠
(٩) صه : لاحد ٠

فاشهد عليه ، وان[١٠] كان قال قد كان ذلك علي فقضيت فلا تشهد عليه ٠

لانه كما سمع الاقرار سمع القضاء ٠

وعندنا يحل له أن يشهد ، لكن انما يشهد على نحو ما سمع ، فان رأي القاضي ان يجعل ذلك اقرارا وكلفه البينة على القضاء فعل ٠

[١٤٧٥] ذكر عن أبن سيرين : أنه سئل عن رجل قال لرجل ، أو قال له قوم لا تشهد علينا بشيء ، فسمع من[١١] بعضهم اعترافا بأمر ، قال ابن سيرين : قال الله تعالى :

« واقيموا الشهادة لله »[١٢] ٠

وقوله عزوجل :

« ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها »[١٣] الآية ٠ ولم يزده على ذلك ٠

انما لم يزده لان الجواب قد حصل[١٤] بتلاوة القرآن ، وفهم السائل فلم يحتج الى الزيادة ٠

---

(١٠) س : وان قال كان لك علي كذا وقضيتك ٠ ل : وان قال قد كان لك علي فقضيتك ٠ ص : وان كان قد قال قد كان لك علي فقضيت ٠

(١١) فـجم : فسمع عن بعضهم ٠

(١٢) سورة الطلاق : ٢ ٠

(١٣) سورة النساء : ٥٧ ٠

(١٤) ب : قد حصل بتلاوة الآية ٠

[شهادة المختفي]

[١٤٧٦] وذكر في الباب الثاني عن الشعبي أن عمرو بن حريث(١٥) اجاز شهادة المختفي(١٦) [و] قال : هكذا يفعل بالخائن [٣٠٩ب] والظالم والفاجر(١٧) .

---

(١٥) ف : عمير بن الحارث . س : عمرو بن حوشب (وكلاهما تصحيف) . وعمرو بن حريث : ابو سعيد عمرو بن حريث بن عمرو القرشي المخزومي الصحابي سكن الكوفة وهو اول قرشي اتخذ بالكوفة دارا روى عن النبي (ص) احاديث ومسح النبي (ص) رأسه ودعا له بالبركة في صفقته وبيعته فكسب مالا عظيما فكان من أغنى أهل الكوفة وولي لبني امية بالكوفة شهد القادسية وابلى فيها . توفي النبي (ص) وله اثنتا عشرة سنة وقيل حملت به امه عام بدر توفي سنة خمس وثمانين وله عقب بالكوفة روى عنه ابنه جعفر وجماعة من التابعين انظر تهذيب الاسماء واللغات : ١/٢/٢٦ رقم ١٣ ، الاصابة: ٢/٥٢٤ رقم ٥٨١٠ ، الاستيعاب : ٢/٥٠٨ ، اسد الغابة : ٤/٢١٣ رقم ٣٨٩٦.

(١٦) ل : المختبي .

(١٧) قوله عن الشعبي ان عمرو بن حريث اجاز شهادة المختفي رواه وكيع قال : اخبرنا أبو السائب سلم بن جنادة السوائي ، قال : حدثنا حفص ، قال حدثنا الشيباني ، عن الشعبي ، عن شريح انه كان يجيز شهادة المختبيء وكان عمرو بن حريث يجيزها وكان الشعبي يجيزها ، (اخبار القضاة : ٢/٢٣٩) وروى في موضع آخر عن العباس بن محمد الدورى قال حدثنا يزيد بن عمر بن خبرة المدائني ؛ قال : حدثنا عبدالواحد بن زياد ، قال : حدثنا الشيباني، قال : حدثنا الشعبي ، قال : كان لرجل على رجل دين ، وكان يجحده في العلانية ، فأقعد له قوما ، فاشهدهم عليه في السر ، فاختصموا الى شريح فابطل شهادتهم ، وقال : لو كانوا ما جلسوا ذلك المجلس ، قال الشيباني : وحدثني الحكم بن عتيبة بعد عن أبي ثابت انهم اختصموا الى عمر (كذا) بن حريث فاجاز شهادته ، وقال : كذلك يفعل بالكاذب الفاجر (اخبار القضاة : ٢/٢٤٦) ورواه عبدالرزاق عن رجل عن الشيباني عن الحكم بن عتيبة عن عمرو بن حريث قال : تجوز شهادة المختفي ، انما يفعل ذلك بالغادر الفاجر (المصنف : ٨/٣٥٦ رقم ١٥٥٢٤) .

وصورة شهادة المختفي[١٨] : اذا كان للرجل على آخر حق فيقر في السر ، ويجحد في العلانية وصاحب الحق يعجز[١٩] عن الوصول الى حقه ، فاحتال [على] ذلك[٢٠] وأخفى قوما من العدول في بيته ، ثم استحضر من عليه الحق فأقر بذلك[٢١] سرا، وخرج فسمع الشهود ، حل لهم أن يشهدوا ٠

ومن العلماء من قال : لا يحل[٢٢]، منهم شريح ، والشعبي، وابراهيم[٢٣] ٠

لان فيه تدليسا وغرورا ٠

وذكر صاحب الكتاب : أنه يحل [لهم ذلك][٢٤] ٠

وبه أخذ اصحابنا[٢٥] ٠

لان العلم قد حصل ، فتجوز له[٢٦] الشهادة ٠

---

(١٨) ل : المختبيء ٠ وقوله : (وهكذا يفعل بالخائن ٠٠٠) الى هنا ليس في س ٠

(١٩) ب : وعجز صاحب الحق ٠

(٢٠) س : فاحتال لذلك ٠ ل : فاحتال ذلك الرجل فاخفى ٠ ب : فاحتال ذلك فاخفى قوما ٠ ك فاحتال ذلك واخفى ٠ والتصحيح والزيادة من ف جم ٠

(٢١) س : بذلك الحق ٠

(٢٢) س : لا يحل لهم ان يشهدوا منهم شريح ٠

(٢٣) حول رأي شريح والشعبي وابراهيم في شهادة المختفي وانها لا تحل مر شيء من ذلك في تخريج قول عمرو بن حريث قبل قليل ، وروى وكيع عن المخرمي ، قال : حدثنا عبدالرحمن بن مهدي ، عن سفيان ، عن الشيباني ، عن الشعبي ، عن شريح ، انه رد شهادة المختبيء ٠ (اخبار القضاة : ٢/٢٥٢)، وروى عبدالرزاق عن عامر الشعبي وعن شريح انهما ردا شهادة المختفي (المصنف : ٣٥٥/٨ ـ ٣٥٦ رقم ١٥٥٢٢ ـ ١٥٥٢٣) ٠

(٢٤) الزيادة من ل ٠

(٢٥) ب : وبه اخذ علماؤنا ٠

(٢٦) ب : فتجوز لهم الشهادة ٠

لكن انما تجوز اذا كان الشهود يرون وجهه ، ويعرفونه ، ويفهمون كلامه[٢٧] .

وان كان في موضع لا يرون[٢٨] وجهه ، لكن يسمعون كلامه، لا يحل لهم أن يشهدوا .

وان شهدوا ، وفسروا للقاضي ، لم يجز القاضي شهادتهم .
هكذا ذكر صاحب الكتاب .
لكن هذا اذا لم يحيطوا[٢٩] علما به .

اما اذا أحاطوا [به علما فانه][٣٠] يحل ؛ بأن رأوه دخل بيتا ، وعلموا أنه ليس في هذا البيت غيره ، وليس في هذا البيت مسلك آخر ، وسمعوا اقراره ، بحيث لا يشتبه عليهم حاله ، حل لهم ان يشهدوا ، وان لم يروا وجهه وقت الاقرار ، كما ذكرنا[٣١] في باب شهادة السمع .

[شهادة الوصي]

[١٤٧٧] وذكر في الباب الثالث عن عامر الشعبي قال : الوصي خصم لا شهادة له .
وبه أخذ[٣٢] سفيان .

---

(٢٧) س : ويعرفونه ، يسمعون كلامه ويفهمونه .
(٢٨) ب : لايرونه .
(٢٩) س : لم يحيطوا به علما .
(٣٠) الزيادة من ل .
(٣١) س : كما ذكرنا الشهادة بالتسامع من قبل . ص : كما ذكرنا في باب الشهادة بالسمع .
(٣٢) هـ : يأخذ ب : وبه اخذ سنان .

وبه أخذ اصحابنا رحمهم الله ٠

لان الوصي قائم مقام الميت ، والميت حال حياته لو شهد لنفسه لا تجوز شهادته ، فكذا الوصي ٠

[١٤٧٨] وذكر عن ابن شهاب قال[٣٣]:

لا تجوز شهادة ولي يتيم يخاصم له ٠٠ الحديث الى قوله : ولا متهم في الدّين[٣٤] ٠

اراد به المتهم في الدّين بفتح الدال ، لا المتهم في الدين بكسر الدال ؛ لان المتهم في الدين صاحب الهوى ، وقد ذكرنا[٣٥] ان شهادة [٣١٠آ] أهل الاهواء[٣٦] تقبل ٠ فكان المراد منه المتهم في الدين ؛ بان كان منفعة تلك الشهادة راجعة اليه ٠

قال صاحب الكتاب :

وقال اصحابنا : لا تجوز شهادة الوصي للميت ، ولا لليتيم في شيء ٠

واعتل في الكتاب [فقال][٣٧] :

لانه خصم في ذلك ٠

[١٤٧٩] قال :

---

(٣٣) من قوله : (قال الوصي خصم ولا شهادة له وبه اخذ سفيان ٠٠) الى هنا ليس في ص ٠

(٣٤) ف : ولا يتهم في الدين ٠

(٣٥) ب : وقد ذكرنا ان صاحب الهوى يقبل ٠

(٣٦) هـ ل ب : صاحب الهوى ٠ ف : اهل الهوى ٠

(٣٧) الزيادة من ل ٠

والوصي اذا عزل ، فشهد للميت او لليتيم . لا تقبل [شهادته][38] .

لانه كان خصما فيه .

وان لم يخاصم فكذلك[39] .

فرق بين هذا وبين الوكيل بالخصومة اذا عزل قبل ان يخاصم تجوز[40] شهادته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

وموضع الفرق كتاب [الدعوى و] الوكالة .

[شهادة العبد]

[١٤٨٠] وذكر في الباب الرابع قال :

لا تجوز شهادة العبد .

وبه نقول؛ لقوله تعالى :

« ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا »[41] .

فالله تعالى[42] جعل وصف الشاهد ان يجيب اذا دعي ، والعبد لا يمكنه الاجابة اذا دعي؛ لانه مشغول بخدمة مولاه .

[١٤٨١] وذكر صاحب الكتاب آثارا كثيرة في هذا الباب قال :

---

(٣٨) الزيادة من ل .

(٣٩) هـ : فلذلك . وقد سقطت من س .

(٤٠) ب : حيث تجوز .

(٤١) سورة البقرة : ٢٨٢ .

(٤٢) هـ : الله تعالى وصف الشاهد .

ولو شهد العبد في حادثة ، فرد القاضي شهادته بعلة الرق، ثم اعتق[43] ، فشهد بتلك الشهادة بعد العتق ، فالقاضـــي يقبل[44] ويمضيها ٠

فرق بين هذا وبين الفاسق اذا شهد ، فرد القاضي شهادتـه بعلة الفسق ، ثم تاب ، واعاد تلك الشهادة حيث لا تقبل ٠

والفرق : ما أشار اليه صاحب الكتاب فقال :

لان القاضي لم يرد شهادة العبد للتهمة ٠

وتمام[45] هذا الفرق في كتاب الشهادات ٠

والله تعالى اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(٤٣) هـ : ثم عتق ٠

(٤٤) ب : يقبل شهادته ويمضيها ٠

(٤٥) س : وانما الفرق ٠ ب : وتمام هذا يعرف ٠٠٠

الباب الحادي عشر والمائة

في شهادة الاعمى[1]

وذكــر بعده

باب شهادة المقطوع في السرقة

وذكــر بعده

باب شهادة المحدود في القذف

[شهادة الاعمى]

[١٤٨٢] ذكر[2] في الباب الاول عن الاسود بن قيس ، أن أبا نصير[3] شهد عند علي رضي الله عنه وكان[4] أعمى فــــرد شهادته[5] [٣١٠ب] ٠

[١٤٨٣] وذكر صاحب [الكتاب] آثارا كثيرة في هذا الباب ٠ والجملة في هذا أن نقول :

---

(١) س : في شهادة الاعمى والمقطوع في السرقة والمحدود في القذف ٠

(٢) ص هـ : وذكر ٠

(٣) ص ل : بصير ، ب ف : نصر ٠

(٤) ب : وهو أعمى ٠

(٥) حديث الاسـود بن قيـس ان ابا نصير شهد عند علي رضي الله عنه وكان اعمى فرد شهادته رواه عبدالرزاق الصنعاني عن ابن عيينة عن الاسود بن قيس عن اشياخهم ان عليا لم يجز شهادة اعمى في سرقة (المصنف : ٨/٣٢٤ رقم ١٥٣٨٠) ٠

للشهادة ثلاثة أحوال :

حال[٦] التحمل ٠

وحال الاداء ٠

وحال القضاء ٠

فاذا وجد العمى في أحد هذه الاحوال الثلاثة منع[٧] صحة القضاء عند ابي حنيفة ومحمد ٠

وعند ابي يوسف : ان وجد في حالة التحمل منع[٨] ، وان وجد في حالة الاداء أو[٩] في حالة القضاء لا يمنع[١٠] ٠

واجمعوا ان الموت اذا وجد بعد الاداء قبل القضاء لا يمنع[١١] القضاء ٠

واجمعوا ان الخرس والفسق والجنون وغير ذلك من اسباب الجرح تمنع القضاء[١٢] ٠

وروى[١٣] عن ابي حنيفة في هذا البـــاب روايتان غـــير ظاهر الرواية ذكرهما شمس الائمة الحلواني :

احداهما : ان شهادة الاعمى تقبل في ما يصح[١٤] تحمـــل الشهادة بالشهرة والتسامع ؛ كالنكاح والموت والنسب ٠

---

(٦) ب : حالة التحمل وحالة الاداء وحالة القضاء ٠

(٧) سكهلصب : يمنع ٠ وما اثبتناه عن فجم ٠

(٨) سكهصلب : يمنع ٠ وما اثبتناه عن فجم ٠

(٩) سكف : وفي ٠

(١٠) به : لا يمنع القضاء ٠

(١١) قوله : (واجمعوا ان الموت اذا وجد ٠٠٠) الى هنا ليس في لب ٠

(١٢) قوله : (واجمعوا ان الخرس والفسق ٠٠٠) الى هنا ليس في س ٠

(١٣) فجم : ويروى ٠

(١٤) ص : فيما تصح الشهادة بالشهرة ٠

والثانية : ان شهادة الاعمى تقبل اذا كان المشهود له والمشهود عليه معروفين ، مشهورين ، ليس على اسمهما ونسبهما غيرهما ، فشهد لاحدهما على الآخر ، وبين لمن شهد وعلى من شهد ٠

وموضع معرفة هذه الجملة كتاب[15] الشهادات ٠

[١٤٨٤] ثم قال صاحب الكتاب في شهادة الاعمى اشياء ، وميز بين ما يحتاج فيه الى الاشارة وبين ما لايحتاج ٠

وهذا كله قوله ٠

انما المذهب عندنا ما ذكرناه ٠

[شهادة المجنون]

[١٤٨٥] قال :

ولو ان رجلا يجن ساعة ويفيق ساعة ، فشهد في حال صحته ، تقبل شهادته ٠

لان ذلك بمنزلة الاغماء[16] ، لانه لا تثبت[17] للغير عليه ولاية ، والاغماء[18] لا يمنع ٠

ثم قدر الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني في شرح هـذا الكتاب [ذلك][19] بيوم ، أو يومين ، فقال :

اذا كان جنونه يوما ، او يومين ، أو أقل من ذلك ، ثم يفيق هكذا ، فشهادته جائزة في حالة الصحة ٠

---

(١٥) ب : في كتاب ٠

(١٦) بفجم : بمنزلة الاعمى (وهو تصحيف) ٠

(١٧) س : يثبت ٠ وقد سقطت من ف ٠

(١٨) بف : والاعمى ٠

(١٩) الزيادة من ل ٠

[شهادة المقطوع في السرقة]

[١٤٨٦] وذكر في الباب الثاني عن الحسن [٣١١ آ] أن رجلا[٢٠] سرق بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقطع رسول صلى الله عليه وسلم يده[٢١] [ثم كان يشهد][٢٢] بعد ذلك فيقبل[٢٣] شهادته ·

وبه نقول : ان شهادة المحدود في السرقة وغيرها من الجنايات اذا تاب تقبل ·

فرق بين هذا وبين شهادة المحدود في القذف اذا تاب حيث لا تقبل ·

والفرق : ان رد شهادة هؤلاء كان لاجل الفسق ، وبالتوبة يرتفع[٢٤] الفسق ، ورد[٢٥] شهادة المحدود في القذف انما كان لانه من تمام الحد ، وأصل الحد لا يرتفع بالتوبة ، فكذلك ما هو من تمامه ·

[١٤٨٧] ذكر عن عمرو بن ثابت[٢٦] قال :

رأيت ابا حيوة[٢٧] مقطوع اليد من المفصل ، فشهد عند المغيرة بن عبدالله ، فقال له من قطعك ؟ قال : علي بن ابي طالب

---

(٢٠) لب : ان رجلا من قريش سرق بعيرا ·
(٢١) س : يديه (وهو تصحيف) ·
(٢٢) الزيادة من هـلصب ·
(٢٣) بفس : فقيل ·
(٢٤) س : ارتفع ·
(٢٥) ل : وشهادة (بسقوط كلمة رد) ·
(٢٦) هـ : عمر بن ثابت ·
(٢٧) س : ابا جبير · هـ : ابا حيرة · ل : ابا خيرة ، ب : ابا حمزة ·

رضي الله عنه ، قال : ما اراه الا قد ظلمك • قال : لا والله ما ظلمني ، فاجاز شهادته •

انما قال له ما اراه الا قد[٢٨] ظلمك امتحانا[٢٩] ، واختبارا له ، أنه هل صحت توبته ام لا •

لانه لو أقر أنه ظلمه علي رضي الله عنه لا تكون توبته صحيحة عنده ؛ لانه يكون ذلك تفسيقا لعلي رضي الله عنه اذ نسبه الى الظلم ، فيصير هو فاسقا في نفسه ، فلا تقبل شهادته ، فلما قال : والله ما ظلمني فقد أقر انه صحت توبته عنده فلم يصر فاسقا •

[١٤٨٨] ثم ذكر صاحب الكتاب آثارا تدل على قبول شهادة السارق بعد القطع •

[شهادة المحدود في القذف]

[١٤٨٩] وذكر في الباب الثالث آثارا تدل على أن شهادة المحدود في القذف لا تقبل •

وبه نقول •

فرق بينه وبين المحدود في الزنى وفي سائر الكبائر اذا تاب حيث تقبل شهادته[٣٠] •

والفرق ما ذكرنا من قبل[٣١] •

والله تعالى اعلم بالصواب

---

(٢٨) ك : وقد •

(٢٩) س : امتحانا له واختبارا •

(٣٠) قوله : (اذا تاب حيث تقبل شهادته) ليس في ب •

(٣١) ل : من قبل هذا • ب : والفرق مر •

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الباب الثاني عشر والمائة

[في شهادة] النصراني والعبد اذا حدا ثم اسلم النصراني واعتق[1] العبد

[٣١١ ب]

[١٤٩٠] ذكر عن الحسن قال :

اذا اقيم الحد على نصراني ، أو على عبد ، فأعتق العبد ، واسلم النصراني ، انه[2] كان يرى شهادتهما جائزة ، ويراهما بمنزلة المسلم المحدود في القذف ·

وهكذا ذكر عن ابراهيم ·

وهو مذهبهما ·

وما عندنا النصراني اذا حد حد القذف ، ثم اسلم ، فان شهادته جائزة ، والعبد اذا حد حد القذف ، ثم اعتق ، فان شهادته غير جائزة[3] ·

والفرق أن رد الشهادة موجب القذف ، وانه من تمام الحد ، والنصراني حال ما قذف كان له شهادة فردت تتميما للحد ،

---

(١) هـ : وعتق ·
(٢) ب : فانه ·
(٣) قوله : (والعبد اذا حد حد القذف ···) الى هنا ليس في هـ ·

وبالاسلام حدثت[٤] له شهادة أخرى ، لم تكن ، فاما العبد فحال ما قذف لم تكن[٥] له شهادة فتوقف القذف موجبا رد الشهادة علـــى حدوث الشهادة ٠

واشار صاحب الكتاب الى فرق آخر ٠

والفرق الصحيح ما ذكرنا ٠

[١٤٩١] قال :

وان قـــذف النصراني ، فضرب الحد ، ثم اسلم ، فضرب تمام الحد ، فانه تقبل شهادته ٠

وكذا لو ضرب سوطا واحدا وهو كافر ، ثم اسلم ، ثم ضرب الباقي ، فان شهادته تقبل ٠

لان رد الشهادة من تمام الحد ، فتكون[٦] صفة الحد ، والمقام بعد الاسلام ليس بحد ؛ لانه بعض الحد ورد الشهادة لا يصلح تتمة لـــــه ٠

والله تعالى اعلم بالصواب

---

(٤) س : ثم الاسلام جدد له شهادة ٠

(٥) العبارة : (فاما العبد حال ما قذف لم تكن) سقطت من فجم ٠

(٦) هـ : فتكون صفة الحد والمقام بعد الاسلام ٠٠٠ وقد سقطت هـذه العبارة من ص ٠

الباب الثالث عشر والمائـة

في شهادة أهل الكفـــر بعضهم على بعض[1]

وذكر بعـده

باب العبـد والذمي تكون عندهمـا الشـهادة فيعتق العبـد ويسـلم الذمـي ثـم يشهدان

وذكر بعـده

باب شهادة أهـل الكتـاب على وصية المسـلم

وذكر بعـده

[بـاب] مـا جـاء في شـاهـد ويـمـين

وذكر بعـده

بـاب شـهادة الشـاهد على شـهادة الشـاهد

[١ ـ شهادة أهل الكفر بعضهم على بعض]

[١٤٩٢] ذكر في الباب [٣١٢آ] الاول آثارا لبيان أن شـهادة الكفار بعضهم على بعض[2] مقبولة · وقد اختلفوا فيها على اربعة أقوال :

---

(١) س : الباب الثالث عشر بعد المائة في شهادة اهل الكفر بعضهم على بعض وشهادتهم على وصية المسلم والشهادة مع اليمين والشهادة على الشـهادة ، .كر آثارا لبيان ··· ل : باب ما جاء في شهادة اهل الكفر ··· باب ما جـاء في شهادة العبد···

(٢) س : بعضهم على بعض جائزة واختلفوا ·

قال بعضهم : شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة[٣] سواء اتفقت مللهم[٤] كاليهودي مع اليهودي ، والنصراني مع النصراني ، والمجوسي مع المجوسي ، أو اختلفت ، الا أن يكونا من دارين مختلفين ؛ بأن شهد رومي على هندي ، أو هندي على رومي ٠

وبه أخذ علماؤنا ٠

وقال بعضهم غير[٥] مقبولة سواء اتفقت مللهم أو اختلفت ٠
وبه أخذ الشافعي ٠

وقال بعضهم : [هي][٦] مقبولة اذا اتفقت مللهم ، وان[٧] اختلفت لا [تقبل][٨] ٠

وقال بعضهم : شهادة أهل الكتاب كالنصراني[٩] واليهودي مقبولة على غيرهم من المجوس واهل الوثن ، وشهادة المجوسي والوثني على أهل الكتاب غير مقبولة[١٠] ٠

والحجج تعرف في الشهادات من[١١] المبسوط ٠

---

(٣) قوله : (وقد اختلفوا فيها ٠٠٠) الى هنا ليس في ص ٠
(٤) هـ : ملتهم ٠
(٥) س : غير مقبولة وان اتفقت مللهم أو اختلفت ، وقد سقط هذا الرأي من نسخة ل ٠
(٦) الزيادة من ل ٠
(٧) ب : واما اذا اختلف فلا ٠
(٨) الزيادة من ل ٠
(٩) س : كالنصارى واليهود ٠ ل : كاليهودي والنصراني ٠
(١٠) هـ : مقبولة (بسقوط كلمة غير وهو سهو) ٠
(١١) ل : في المبسوط ٠ ب : من كتاب الشهادات والمبسوط ٠

[١٤٩٣] قال[١٢] :

وكل شهادة شهد بها ذمي على ذمي ، فلم[١٣] ينفذ الحاكم الشهادة ، ولم يحكم ، حتى اسلم المشهود عليه ، فان الشهادة تبطل ٠

لان الشهادة انما تصير حجة عند اتصال القضاء بها ، وعند اتصال القضاء بها[١٤] الشاهد كافر ، والمشهود عليه مسلم ، فلا تصير حجة ٠

وان اسلم المشهود عليه بعد الحكم ، فالحكم ماض عليه ، ويؤخذ بالحقوق كلها الا في اشياء بعضها متفق [عليه][١٥] وبعضها مختلف [فيه][١٦] :

اما المتفق [عليه] فالحدود[١٧] لان الامضاء في باب الحدود من القضاء ، فصار الاسلام قبل الامضاء كالاسلام قبل القضاء ٠

واما المختلف [فيه][١٨] فالقصاص[١٩] في النفس ، وفي ما دون النفس :

فالقياس أن ينفذه[٢٠] القاضي ٠

---

(١٢) س : قال صاحب الكتاب ٠

(١٣) س : فلم يحكم الحاكم بها حتى اسلم المشهود عليه ٠٠ ب : فلم ينفذها الحاكم ولم يحكم ٠

(١٤) س : وعند اتصال القضاء بها شهد كافر ٠

(١٥) الزيادة من س ل ٠

(١٦) الزيادة من س ل ٠

(١٧) الفاء زيادة من ل ولفظة (فالحدود) سقطت من هـ ٠

(١٨) الزيادة من ل ٠

(١٩) س ف : كالقصاص ٠

(٢٠) س : ينفذها ٠٠٠ ولا ينفذها ٠ هـ : ينفذ ٠ ل : ينفذ القاضي ذلك ٠

وفي الاستحسان لا ينفذه •

وذكر صاحب الكتاب بعد هذا :

وكان الذي يجب عليه عندي أن أمضيه عليه ، وهذا قياس • اما في [٢١٣ب] الاستحسان فلا ينفذ(٢١) •

ومتى لم ينفذ استحسانا ، فهل تجب عليه الدية ؟(٢٢) •

ذكر صاحب الكتاب ان عند ابي يوسف تجب :

واختلف المتأخرون في شروحهم في هذه المسألة :

قال شمس الائمة الحلواني : هذا قول ابي يوسف خاصة ، كما ذكر صاحب الكتاب ؛ فان(٢٣) القياس أن لا يجب عند الكل ، وانما استفدنا خلاف ابي يوسف من صاحب الكتاب •

وقال القاضي الامام أبو الحسن علي(٢٤) السغدي رحمه الله : هذا قول الكل ، وان خص صاحب الكتاب قول ابي يوسف •

وقال شمس الائمة السرخسي : يجب أن يكون هذا الاختلاف كالاختلاف(٢٥) في القضاء بالنكول : عند ابي حنيفة رحمه الله ينفذ القاضي القضاء بالنكول في القصاص(٢٦) في ما دون النفس، ولا يقضي بشيء في النفس(٢٧) •

---

(٢١) ل : فانه لا ينفذ •

(٢٢) ب : هل تجب الدية عليه •

(٢٣) ص‌ب‌ف‌ل : قال القياس • س : قال والقياس •••

(٢٤) ف : أبو الحسن بن علي السغدي وهو سهو •

(٢٥) هـ : والاختلاف •

(٢٦) ل‌س‌ك : بالقصاص •

(٢٧) ك : في النصف (وهو سهو) •

وعندهما[٢٨] : يقضي بالدية فيهما ٠

ووجه الالحاق : ان تعذر استيفاء القصاص ههنا انما جاء لمعنى في المدعى عليه ، فصار نظير النكول ٠ الا أن صاحب الكتاب نص على أنه لا ينفذ القاضي القضاء في النفس وفي ما دون النفس مطلقا ٠

فالظاهر ان المسألة[٢٩] في النفس وفي ما دون النفس على القياس والاستحسان ، كما ذكرنا[٣٠] في[٣١] الدية :

عندهما[٣٢] : يقضي بالدية في النفس وفي مادون النفس ٠

وعند ابي حنيفة رحمه الله : لا ٠

ولا يرجع المشهود عليه في هذا الباب على الشاهدين ؛ لان القصاص لم يسقط بفعل[٣٣] الشاهدين ، وانما سقط[٣٤] باسلام المشهود عليه ٠

واما في السرقة فاذا اسلم السارق بعد القضاء قبل القطع فالقاضي يضمنه المال ، ويدرأ عنه[٣٥] القطع ؛ لان السرقة اشتملت على حكمين [مختلفين] ، فيعمل باسلامه[٣٦] في حق كل

---

(٢٨) س : وعنده ٠
(٢٩) ب : مطلقا قال لان المسألة في النفس ٠٠٠
(٣٠) س : ذكر ٠
(٣١) ب : وفي ٠
(٣٢) س : عندهما يقضى بالدية فيما دون النفس وعند ابي حنيفة لا ٠
(٣٣) فـجم : لم يسقط بقول الشاهدين ٠
(٣٤) فـل : يسقط ٠
(٣٥) ب : وترك عنه القطع ٠
(٣٦) ب : بالسلامة (وهو تصحيف) ٠

واحد من الحكمين ، كما لو انفرد[٣٧] ذلك الحكم[٣٨] ٠

[١٤٩٤] قال :

وان اسلم المشهود عليه ، ثم اسلم الشاهدان ، أو اسلم الشاهدان ، ثم اسلم [٣١٣آ] المشهود عليه[٣٩]، ان لم يجدد الشهادة لم يقض بها في جميع الحقوق ٠

لان تلك الشهادة المؤداة بطلت[٤٠] باسلام المشهود عليه ، قبل أن تصير حجة ؛ لانها شهادة الكافر ، فصار وجودها وعدمها سواء ٠

وان جددا في الوجه الاول بعد اسلامهما ، وفي الوجه الثاني بعد اسلام المشهود عليه ، قضى بها في الاموال والقصاص وحد القذف ، وهو المراد من الحد الذي ذكره صاحب الكتاب ولم يقض بها في الحدود الخالصة لله تعالى ٠

والفرق : أن هذه الشهادة غير مردودة[٤١] حقيقة باسلام المشهود عليه ، لكن القاضي لما لم ينفذها[٤٢] عليه بعد اسلامه تصورت بصورة المردودة ، فأورثت[٤٣] شبهة ، والشبهة وان

---

(٣٧) ب : كما لو انفذ ٠

(٣٨) من قوله : (واما في السرقة ٠٠٠) الى هنا ليس في س ٠

(٣٩) ب : وان اسلم المشهود عليه قبل ان تصير حجة لانها شهادة الكافر ثم اسلم الشاهدان او اسلم الشاهدان ثم اسلم المشهود عليه ٠٠٠ (وهو سهو حاصل من اقحام عبارة ـ قبل ان تصير حجة لانها شهادة الكافر ـ التي سترد الآن ٠

(٤٠) ب : قد بطلت ٠

(٤١) ف : ان هذه الشهادة تصير مردودة ٠

(٤٢) هـ : ينفذه ٠

(٤٣) ل : فأورثته ٠ ب : فاورثت ضرر شبهة ٠

قلت كفت لدرء[٤٤] الحدود الخالصة لله تعالى •

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني :

وهذه المسألة لا توجد في المبسوط ، انما استفدناها[٤٥] من صاحب الكتاب •

[١٤٩٥] قال :

ولو أن قوما من أهل الكفر شهدوا على ذمي شهادة ، فرد القاضي شهادتهم لعلة التهمة ، ثم اسلموا بعد ذلك فجددوا الشهادة عليه بعدما أسلموا ، فان شهادتهم لا تقبل[٤٦] •

علل في الكتاب [وقال][٤٧] :

لان القاضي انما ردها للتهمة •

اراد به تهمة الفسق ، والقاضي متى رد[٤٨] الشهادة بتهمة[٤٩] الفسق لا تقبل بعد ذلك ابدا ؛ لاحتمال بقاء الفسق •

[٢ ـ العبد والذمي تكون عندهما الشهادة فيعتق العبد ويسلم الذمي ثم يشهدان]

[١٤٩٦] قال :

ولو كانت[٥٠] عند الذمي شهادة على مسلم ، فاسلم الذمي ، وشهد على المسلم ، فشهادته جائزة •

---

(٤٤) ب : لرد •
(٤٥) س : استفادها •
(٤٦) س : لا تقبل على الكتابي لان القاضي ••• (وهو تصحيف)
(٤٧) الزيادة من ل •
(٤٨) ب : متى ردها لتهمة •••
(٤٩) لب : لتهمة •
(٥٠) س : ولو كان للذمي شهادة •

لان الاسلام شرط لاهلية الاداء ، فيراعي وقت[51] الاداء ، وقد وجـــد .

[١٤٩٧] وذكر[52] في الباب الثاني أن الذمي اذا شهد او العبد[53] ، أو الصبي ، فرد القاضي شهادتهم بسبب الكفر والرق والصبا ، ثم زالت هذه الاسباب[54] ، فاعـــادوا(٥٥) [٣١٣ب] تلـك الشهادة ، فالقاضي يقبل شهادتهم[56] .

[لان القاضي لم يرد شهادتهم] لتهمة الفسق ، وانما رد لعلة[57] الكفر والرق والصبا ، وقد زالت هذه العلة بيقين .

[٣ ـ شهادة أهل الكتاب على وصية المسلم]

[١٤٩٨] وذكر في الباب الثالث عن الحسن[58] في قوله تعالى :

« وآخران من غيركم »[59] .

---

(٥١) هـ : فراعى صفة الاداء .

(٥٢) س : وذكر ان الذمي والعبد والصبي اذا شهدا فرد القاضـــي شهادته بسبب ...

(٥٣) هـ : والعبد اذا شهد والصبي اذا شهد فرد (بالواو في كل وتكرار شهد) وبأو في نسخة ل وتكرار شهد معها .

(٥٤) هـ : هذه الاشياء .

(٥٥) س،هـ : فاعاد تلك الشهادة .

(٥٦) س : شهادته .

(٥٧) س،ك،هـ : لعله الرق والكفر .

(٥٨) ب : عن الحسن انه قال في قوله ...

(٥٩) المائدة : ١٠٨ .

قال : من غير العشيرة[٦٠] •

وقال مجاهد ، وقتادة ، وابن عباس رضي الله عنهم : من غير المؤمنين[٦١] •

وهو الاظهر ، وبه نأخذ •

فظاهر الآية يقتضي جواز شهادة الكفار على وصايا المسلمين •

و [في][٦٢] جواز شهادة الكفار على وصايا المسلمين دليل على جواز شهادة الكفار على وصايا الكفار الا ان جواز شهادة الكفار على وصايا المسلمين قد انتسخ ، فبقى[٦٣] جواز شهادة الكفار على وصايا الكفار •

فصارت الآية حجة لنا على جواز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض على من[٦٤] يخالفنا •

---

(٦٠) قول الحسن في تفسير « وآخران من غيركم » من غير العشيرة رواه سعيد بن منصور وعبد بن حميد والنحاس وابو الشيخ والبيهقي في سننه : « اثنان ذوا عدل منكم » قال من قبيلتكم « أو آخران من غيركم » قال : من غير قبيلتكم (الدر المنثور في التفسير بالمأثور : ٣٤٣/٢) وانظر تفسير القرطبي جـ٦ ص٣٥١ •

(٦١) حول تفسير مجاهد وقتادة وابن عباس رضي الله عنهم لقوله تعالى « وآخران من غيركم » بان المقصود به من غير المؤمنين • انظر الدر المنثور في التفسير بالمأثور : ٣٤٣/٢ ، تفسير الطبري : ١٧٤/١١ ـ ١٧٥ ، مختصر تفسير الطبري : ١٦٠/١ ـ ١٦١ ، تفسير القرطبي ٣٥١/٦ وما بعدها ، تفسير ابن كثير : ١١١/٢ ، احكام القرآن للجصاص : ٤٨٩/٢ـ٤٩٤ ، تفسير مقاتل بن سليمان : ٣٤٨/١ السنن الكبرى : ١٦٤/١٠ ـ ١٦٥ المصنف لعبد الرزاق : ٣٦٠/٨ •

(٦٢) الزيادة من فـجم •

(٦٣) ل : فينبغي •

(٦٤) س : على مخالفينا •

[٤ ـ القضاء بالشاهد واليمين]

[١٤٩٩] وذكر في الباب الرابع آثارا تدل على جواز القضاء بشاهد ويمين •

والآثار مطعونة •

وبين صاحب الكتاب وجه الطعن في ذلك •

ولو قضى القاضي بشاهد ويمين لا ينفذ قضاؤه •

وقد مر هذا في الابواب المتقدمة في أول الكتاب •

[٥ ـ الشهادة على الشهادة]

[١٥٠٠] وذكر في الباب الخامس عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال :

لا تقبل(٦٥) على شهادة الميت دون رجلين(٦٦) •

وبه أخذ علماؤنا •

وقال مالك : تقبل(٦٧) على شهادة كل واحد من الاصلين شهادة واحد من الفرعين(٦٨) •

---

(٦٥) ص : لا تقبل شهادة على شهادة الميت • ب : لا تقبل شهادة الميت دون •••

(٦٦) حديث علي رضي الله عنه (لا تقبل شهادة الميت دون رجلين) رواه عبدالرزاق الصنعاني قال : اخبرنا الاسلمي عن حسين بن ضميرة ، عن ابيه ، عن جده ، عن علي قال : لا تجوز على شهادة الميت الا رجلان • (المصنف : ٣٣٩/٨ رقم ١٥٤٥٠) ورواه ابن حزم من طريق ابن ضميرة عن علي انه لا يقبل على شهادة واحد الا اثنان (المحلى : ٤٣٩/٩ رقم المسألة ١٨١٤) •

(٦٧) ب : انه تقبل •

(٦٨) قوله : وقال مالك تقبل على شهادة كل واحد من الاصلين شهادة واحد من الفرعين • قلت انظر رأي الامام مالك في تبصرة الحكام : ٣٥٣/١ ، اختلاف الفقهاء للطحاوي : ٢١٣ ، المحلى : ٤٣٩/٩ رقم المسألة : ١٨١٤ •

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وحق المسألة كتاب الشهادات ٠

[١٥٠١] قال :

ولو أن عشرة(٦٩) شهدوا على شهادة واحد تقبل ، لكن لا يقضي حتى يشهد(٧٠) شاهد آخر ٠

لان الثابت بشهادتهم شهادة شاهد واحد ٠

وكذا لو شهدوا على(٧١) شهادة نسوة [فانها] تقبل ، لكن لا يقضى حتى يشهد رجل آخر ٠

لان الثابت بشهادتهم [شهادة] شاهد واحد(٧٢) ٠

لان النسوة [٣١٤آ] وان كثرن يقمن مقام شاهد واحد ٠

واذا شهدوا على شهادة امرأة واحدة تقبل ، لكن لا يقضى حتى تشهد امرأة أخرى ورجل آخر ٠

[١٥٠٢] قال :

ولو أن رجلين شهدا على شهادة عشرة رجال جاز ذلك ، وحكم به الحاكم ٠

وهذا مذهبنا ٠

وقال الشافعي [رحمه الله] : شهادة كل واحد من الشاهدين الاصليين(٧٣) انما تثبت بشهادة شاهدين من الفروع(٧٤) ٠

---

(٦٩) ل : ولو أن عشر نسوة ٠

(٧٠) ل : حتى يشهد رجل آخر ٠

(٧١) ل : على نسوة ٠

(٧٢) قوله : (وكذا لو شهدوا على شهادة نسوة ٠٠٠) الى هنا ليس في ل ٠

(٧٣) ل : من الشاهدين الاصلين (كذا) وفي س : شهادة كل واحد من الاصلين انما تثبت ٠

(٧٤) ل : الفرع ٠

وحق المسألة كتاب الشهادات •

[١٥٠٣] قال :

ولو أن عشر نسوة شهدن على شهادة رجـــل ، أو على شهادة امرأتين ، أو على شهادة امرأة ، لم يقبل الحاكم ذلك حتى يشهد معهن رجل •

لان هذا شطر الشهادة ، فلا يثبت به شيء من المشهود به ، وهو[٧٥] شهادة الاصول •

[١٥٠٤] قال :

ولو أن رجلا أشهد رجلا على شهادته ، ورجل آخر يسمع[٧٦] ذلك ، ولم يشهده ، ولم يقل له اشهد على شهادتي ، لم يسع[٧٧] لهذا الرجل أن يشهد على شهادته ، فان شهد ، وفسر ذلك للقاضي لم تجز شهادته •

فرق بين هذا ، وبين الاقرار والقضاء والتزويج •

والفرق قد مر في باب شهادة السمع •

[١٥٠٥] قال :

واذا شهد الرجلان على شهادة رجل عند الحاكم ، فينبغي أن يسألهما : كيف يشهدان[٧٨] •

فهذا كيفية اداء الشهادة على الشهادة[٧٩] •

---

(٧٥) س : وهو شاهد الاصول •

(٧٦) ب : سمع • ف : فسمع •

(٧٧) ل : لم ينبغ •

(٧٨) ب : كيف شهدا •

(٧٩) قوله : (على الشهادة) ليس في ب •

وصاحب الكتاب طوّل • وما ذكر هو ابلــــغ [ما][٨٠] في الباب •

وحق المسألة كتاب الشهادات •

[١٥٠٦] قال :

وان[٨١] قال الاصل : أشهد اني اشهد على اقرار فلان لفلان بكذا وكذا درهما[٨٢]، فان ابا حنيفة رحمــــه الله قال : لا يقبل[٨٣] ذلك • وهذا جواب ظاهر الرواية •

وقال أبو يوسف في الاملاء : يقبل[٨٤] •

وجه ظاهر الرواية انه وعد أن يشهد ، وأمرهما أن يشهدا انه وعد أن يشهد ، فلا [٣١٤ب] يكون هذا اشهادا على شهادته •

وجه قول أبي يوسف : أن المقصود من هذا الشهادة عــــلى الشهادة ، فلو اعتبرنا المقصود لصح[٨٥] تصرفهما ، ولو اعتبرنا الحقيقة لبطل[٨٦] تصرفهما ، وتصرف العاقل محمول على الصحة ما امكن •

[١٥٠٧] قال :

واذا شهد رجلان عند القاضي على شهادة رجل ، وصححا[٨٧]

---

(٨٠) الزيادة من س ص •
(٨١) س : ولو • ف : وان قال الاصلان •
(٨٢) ب : ردهما •
(٨٣) س : لا أقبل ذلك في هذا • ل : لا أقبل ذلك وهذا •••
(٨٤) كفهـ : قبل • ب : وقال أبو يوسف رد في الاملاء قبل ••
(٨٥) كلصسب : يصح •
(٨٦) بسص : يبطل •
(٨٧) ب : وصحح • ف : وصححنا •

الشهادة ، فينبغي للقاضي أن يسألهما عن عدالة الذي[٨٨] شهدا على شهادته •

هكذا ذكر صاحب الكتاب •

ولم يشترط محمد في المبسوط هذا ، وهو أن يسألهما القاضي عن عدالة الاصول ، وانما عرف هذا من صاحب الكتاب •

فان قالا[٨٩]: هو عـــدل أثبت ذلك في موضع شهادتهما في المحضر •

فان كان القاضي يعرفهما بالعدالة تثبت[٩٠] عدالة الاصل •
وان لم يعرفهما بالعدالة سأل عنهما :
فان عدلا ثبتت[٩١] عدالة الاصل[٩٢] •
هكذا ذكر في ظاهر الرواية •
وروى عن محمد أن تعديلهما للاصل لا يكون صحيحا •
والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية •

لان الفرع نائب عن الاصل في نقل عبارته[٩٣] الى مجلــس القاضي •

فاذا نقل انتهى حكم النيابة ، فصار هذا بمنزلة الاجانب ، فصح[٩٤] التعديل •

---

(٨٨) ص : اللذين •
(٨٩) ص : قال •
(٩٠) س : ثبت •
(٩١) ص : ثبتت عدالتهما ايضا هكذا ذكر •••
(٩٢) ب : الاصل ايضا •
(٩٣) هـ : في نقل شهادته •
(٩٤) ب : فيصح •

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

[١٥٠٨] قال :

فان قالا : لا نخبرك[٩٥] ، فالقاضي لم[٩٦] يقبل شهادتهما على شهادته •

وان قال المدعي للقاضي : سل عن الاصل فانه عدل ، أو قال آتيك بمن يعدله ، فالقاضي لم[٩٧] يقبل ذلك • وهو[٩٨] قول محمد •

هكذا ذكر صاحب الكتاب •

وهو جواب ظاهر الرواية •

وروي عن أبي يوسف أنهما اذا قالا : لا نخبرك ، فالقاضي يقبل ، ويسأل عن الاصل • ولو قالا : لا نعرفه أعدل [هو][٩٩] ام لا مكان قولهما لا نخبرك ، فكذا الجواب •

كذا ذكر [٣١٥] القاضي الامام ابو الحسن[١٠٠] علي بن الحسين السغدي في شرح هذا الكتاب •

وذكر شمس الائمة الحلواني في شرح هذا الكتـــاب : ان القاضي يقبل شهادتهما ، ويسأل عن الاصل •

وهو الصحيح •

لان الاصل بقى مستورا •

---

(٩٥) س ل : لا نخبره •

(٩٦) س ل ص : لا يقبل •

(٩٧) ص : لا يقبل ذلك • هـ ب : لم يسال ذلك •

(٩٨) هـ ب ص ل : وهذا قول محمد •

(٩٩) الزيادة من ل •

(١٠٠) ل : ابو الحسين (وهو سهو) وقد سقطت هذه الكنية من ب •

وجه ظاهر[١٠١] الرواية : أن هذا جرح[١٠٢] في شـــهادة الاصول ، فصار كما لو حضر الاصول ، وشهادتهم مجروحة ٠

ثم استشهد في الكتاب وقال :

ألا ترى انهما لو شهدا عند القاضي على شهادة رجل وقالا : انا نتهمه في الشهادة لم يقبل القاضي شهادتهما[١٠٣]، فكذا اذا قالا : لا نخبرك بشيء ، أو قالا : لا نعرفه ٠

وجه رواية ابي يوسف : ان هذا ليس بجرح في شهـــادة الاصول ؛ لان هذا أمر محتمل [يحتمل][١٠٤] انه جرح في شهادة الاصول ، ويحتمل انه توقف في حالهم ، فلا يثبت الجرح بالشك [والاحتمال][١٠٥] ٠

[١٥٠٩] قال :

وان شهد رجلان على شهادة رجل مريض في المصر لا يقدر أن يحضر مجلس[١٠٦] القاضي ، فالشهادة جائزة ٠

لانه عجز عن الحضور بنفسه لاداء الشهادة فيلزمه الحضور بنائبه ٠

---

(١٠١) هـ : لان ظاهر الرواية ٠٠٠

(١٠٢) س : ان هذا جرح شهادة الاصول (بسقوط في) ٠ ف : ان هذا جمع في ٠٠٠

(١٠٣) ب : شهادتهما على شهادته ٠

(١٠٤) الزيادة من س،ل،ب،ص وقد سقطت العبارة (لان هذا امر محتمل يحتمل انه جرح في شهادة الاصول) من نسخة هـ ٠

(١٠٥) الزيادة من ل ٠

(١٠٦) ل : في مجلس ٠

[١٥١٠] قال :

فان شهد[١٠٧] على شهادة رجل غائب عن المصر [فقد][١٠٨] ذكر في المبسوط ، وشرط ان يكون بين الاصل وبين المصر مسيرة السفر ، وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال : اذا كان بحال لو غدا [الى][١٠٩] المصر ، فشهد وراح الى منزله ، لا يجوز أن يشهد على شهادته ، وان كان بحال لا يروح الى منزله يجوز[١١٠] أن يشهد على شهادته .

وقد ذكرنا المسألة في شرح الجامع الصغير . وتمامها يأتي في كتاب الشهادات .

[١٥١١] قال :

واذا[١١١] شهد رجلان[١١٢] عند القاضي على شهادة رجل لرجل [على رجل][١١٣] بحق ، فان كان الشاهد الذي اشهدهما [٣١٥ب] على شهادته أوقفهما[١١٤] على الطالب والمطلوب[١١٥] [فقال][١١٦] : اشهد[١١٧] أن فلان بن فلان هذا أقر عندي أن لفلان

(١٠٧) ب : شهدا .
(١٠٨) الزيادة من س .
(١٠٩) الزيادة من ل . وفي ب : لو غدا من مصر وشهد ...
(١١٠) ب : يجوز له أن يشهد .
(١١١) ب : وان .
(١١٢) ل : الرجلان .
(١١٣) الزيادة من لهـ .
(١١٤) بهـل : وقفهما .
(١١٥) هـ : والمطالب .
(١١٦) الزيادة من سهـلب .
(١١٧) فـل : أشهد أن ... (بمخاطبة المفرد) .

هذا عليه كذا وكذا وعرفهما اياهما ، وكان اشهاده[118] اياهمـــا بحضرتهما[119] ، فالشهادة جائزة •

وان لم يكونا حاضرين ، او كان احدهما حاضرا والآخر غائبا أو ميتا ، فينبغي له أن ينسب الغائب او الميت منهما الى ابيه وجده وقبيلته والى من يعرف به •

لان هذا اداء الشهادة عند الشاهد ؛ ليحتمل[120] الشاهد ، فكان بمنزلة اداء الشهادة عند القاضي فيقضي[121] بها ، فكمـــا يشترط في الشـــهادة عند[122] القاضي الاعلام باقصى ما يمكن ، فكذا[123] يشترط في الشهادة[124] عند الشاهد باقصى ما يمكن، الا أن المشهود عليه اذا كان غائبا يكتفى بذكر الاسم والنســـب للاشهاد ، ولا يكتفى للقضاء •

لان القضاء الزام[125]، والزام الغائب لا يتحقق ، والاشهاد ليس بالالزام[126] ، فيتحقق في حق الغائب •

[١٥١٢] قال :

---

(١١٨) ف : وكان أشهد أن ••• ك : وكان اشهدهما اياهما •••(كذا) •

(١١٩) س : بمحضر منه لهب : بمحضر منهما •

(١٢٠) ب لتحمل الشهادة •

(١٢١) لسب : ليقضي •

(١٢٢) ب : عند الشاهد (وهو سهو حاصل من سقوط عبارة ـ القاضي الاعلام باقصى ما يمكن •

(١٢٣) فك : فكذا مما يشترط • ل : فكذا ما يشترط بالشهادة •

(١٢٤) ف : للشهادة • س : بالشهادة •

(١٢٥) هـ : التزام والتزام الغائب •

(١٢٦) هـ : بالزام •

ولو أن رجلين شهدا على شهادة ابيهما بحق[١٢٧] لرجل على رجل ، جاز ذلك ٠

وان شهدا على قضية ابيهما ، أنه قضى لرجل على رجل [بحق من الحقوق ، وكان ابوهما قاضيا][١٢٨] لم يجز ذلك ٠

والفرق ما اشار اليه صاحب الكتاب رحمه الله تعالى :

لان القضية فعل ابيهما ، فلا يجوز ٠

بيان هذا : ان الابن قائم مقام الاب في الشهادة ، والاب لو شهد على الحق تقبل [شهادته][١٢٩]، فكذا اذا قام[١٣٠] الابن مقامه في الشهادة ، فاما الاب اذا شهد على فعل[١٣١] نفسه فلا تقبل ، فكذا اذا قام الابن مقامه في الشهادة لا تقبل ايضا ٠

قال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي :

المذكور في الكتاب قول ابي يوسف رحمه الله ٠ فاما[١٣٢]قول محمد رحمه الله : فتقبل هذه الشهادة في الوجهين ؛ لانه لا منفعة [٣١٦آ]للاب في هذه الشهادة ٠

[١٥١٣] قال :

ولو أن رجلين شهدا عند قاض على شهادة رجلين ، فقالا[١٣٣] للقاضي : نشهد أن رجلين نعرفهما ، أشهدانا على شهادتهما ، انهما

---

(١٢٧) ب : بحق على رجل ٠
(١٢٨) الزيادة من س‌ف‌ل‌ص‌ب‌ج ٠ وفي ب : وقد كان ٠
(١٢٩) الزيادة من ل‌س ٠
(١٣٠) ف‌ك : اقام ٠
(١٣١) ب : على قول نفسه ٠
(١٣٢) ل : فاما على قول ٠
(١٣٣) ف‌ب : قالا ٠

يشهدان بكذا وكذا وقالا للقاضي لا نسميهما لك . أو قالا لا نعرف اسميهما[134] ، لم يقبل القاضي شهادتهما حتى يسميا من يشهدان على شهادتهما[135] .

لانه تبين انهما تحملا الشهادة عن مجازفة ، لا عن معرفة ، فلا يكون صحيحا .

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(١٣٤) ف لا نعرف اسماءهما . ل أو قالا نعرف اسماءهما ، (بسقوط لفظة لا) .

(١٣٥) هـ س ك على شهادته .

الباب الرابع عشر والمائة

في الشهادة على الحدود[1]

وما على الحاكم أن يعمل به [في ذلك][2]

[حد الزنى وحكمة مشروعيته]

[١٥١٤] ذكر عن عطاء أنه سئل عن قوله تعالى :

« الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ... » الآية[3] قال :

ذلك أن لا يضيعوا حدود الله ، ويقيموها[4] .

واختلفوا[5] في تأويل هذه الآية :

---

(١) ف : المحدود .

(٢) الزيادة من س . وفي ل : ان يعمل في ذلك .

(٣) سورة النور : الآية : ٢ .

(٤) قول عطاء لما سئل عن قوله تعالى « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ... » قال : ذلك ان لا يضيعوا حدود الله ويقيموها ... رواه عبدالرزاق عن ابن جريج عن عطاء في قوله عز وجل : « ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله » قال ذلك في أن تضيعوا حدود الله ولا تقيموها ، وقاله مجاهد (المصنف : ٣٦٧/٧ رقم ١٣٥٠٣) قال السيوطي اخرج عبدالرزاق وابن أبي شيبة وعبد بن حميد وابن جرير وابن المنذر وابن ابي حاتم عن عطاء « ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله » قال في الحد ان يقام عليهم ولا يعطل أما انه ليس بشدة الجلد (الدر المنثور في التفسير بالمأثور : ١٨/٥) وانظر احكام القرآن للجصاص : ٢٥٩/٣ .

(٥) حول اختلافهم في تأويل هذه الآية انظر الدر المنثور : ١٨/٥-١٩ ، تفسير الطبري : ٥٤/١٨ ، مختصره : ٥/٢ ، تفسير القرطبي : ١٦٥/١٢-١٦٦ ، تفسير البغوى (على هامش الخازن) : ٣٩/٥ ، تفسير الخازن : ٣٩/٥ ، تفسير ابن كثير : ٢٦١/٣-٢٦٢ ، احكام القرآن للجصاص : ٢٥٩/٣ .

قال بعضهم[٦] هذا ٠

وقال بعضهم[٧] : اي لا تنقصوا[٨] عن الحد المقدر ٠

وقال بعضهم[٩] : اي لا تخففوا[١٠] الضرب ٠

وبه نقول : انه لا يمتنع من الاقامة ومن[١١] التكميل عـــددا ووصفا شفقة عليه ٠

لانه لا يخلو :

اما أن يكون تائبا ، أو مصرا :

فان كان تائبا كان اقامة الحد المقدر تطهيرا له ، فلا يمنع[١٢] من التطهير بسبب شفقته ٠

وان كان[١٣] مصرا كان اقامة الحد المقدر[١٤] تنكيلا له ، فلا يمنع[١٥] من الاقامة بسبب شفقته عليه ٠

---

(٦) قوله : (قال بعضهم هذا) قلت هو رأي عطاء ومجاهد وعكرمة ٠

(٧) قوله : (وقال بعضهم اي لا تنقصوا عن الحد المقدر) قلت هو رأي بعض أئمة التفسير ٠

(٨) ب : ان لا يقصر عن الحد ٠

(٩) قوله : (وقال بعضهم أي لا تخففوا الضرب) قلت هـــو رأي الشعبي والنخعي وسعيد بن جبير وغيرهم ٠

(١٠) ص : لا تخفوا ٠

(١١) ب : ومن التكملة ٠

(١٢) ب : فلا يمتنع عن التطهير

(١٣) من قوله : (مصرا فان كان تائبا ٠٠٠) الى هنا ليس في هف ، وقوله (بسبب شفقته) ليس في ل ٠

(١٤) هـ : المقرر ٠

(١٥) ل ب : فلا يمتنع ٠ ومن قوله : (بسبب شفقته ٠٠) الى هنا ليس في ب ٠

[اقامة الحد على ملأ من الناس]

[١٥١٤] ذكر عن مجاهد في قوله تعالى :

« وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » .

قال : الطائفة الواحد(١٦) [الى الالف](١٧) .

الا أن السنة(١٨) في اقامة حد الزنى أن يقام بملأ من الناس .

لان النص به نطق .

ثم اختلفوا(١٩) في قوله عز وجل :

« طائفة من المؤمنين » .

قال مجاهد وقتادة(٢٠) الواحد فصاعدا ، حتى اذا اقام الحد بمحضر من الواحد يكفي .

---

(١٦) ب : من الواحد الى الالف .

(١٧) الزيادة من سائر النسخ . وقول مجاهد في قوله تعالى « وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » قال : الطائفة الواحد الى الالف ، رواه ابن جرير الطبري (تفسير الطبري : ١٨/٥٥) ، مختصر تفسير الطبري : (٢/٥) ، ورواه ابن جرير وعبد بن حميد وابن المنذر وابن أبي حاتم عن ابن عباس : « وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » قال الطائفة الرجل فما فوقه انظر تفسير الدر المنثور : ١٨/٥ ورواه الامام عبدالرزاق الصنعاني عن الثوري عن ابن ابي نجيح عن مجاهد قال : الطائفة رجل فما فوقه (المصنف : ٣٦٧/٧ رقم ١٣٥٠٤) وعن ابن عيينة عن ابن ابي نجيح عن مجاهد قال : واحد الى الف (نفس المصدر رقم : ١٣٥٠٥) .

(١٨) ف : لان السنة .س.هل : والسنة .

(١٩) قوله : (ثم اختلفوا في قوله عز وجل : « طائفة من المؤمنين » ..الخ انظر ذلك في المصادر التي مرت في تخريج قول مجاهد الآن وانظر تفسير ابن كثير : ٢٦٣/٣ ، تفسير البغوي ٣٩/٥ ، تفسير الخازن : ٣٩/٥ ايضا ، احكام القرآن للجصاص : ٢٦٤/٣ ، تفسير القرطبي : ١٦٦/١٢-١٦٧ .

(٢٠) قوله : (قال مجاهد وقتادة : الواحد فصاعدا) اما قول مجاهد فقد مر الآن واما قول قتادة فقد اخرجه عبد بن حميد وابن المنذر وابن ابي حاتم عنه (الدر المنثور : ١٨/٥) .

وقال بعضهم الثلاثة فصاعدا[٢١] .

وقال بعضهم : هي الجماعة الكثيرة[٢٢] .

واختلفوا على هذه الاقوال الثلاثة .

وكذا [على] هذا الاختلاف في قوله تعالى :

« فلو لا نفر من [١٦١ب] كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين »[٢٣] .

[التقادم في الحدود]

[١٥١٦] ذكر عن عمر [بن الخطاب] رضي الله عنه [انه] قال :

ايما قوم[٢٤] شهدوا على رجل بحد[٢٥] لم يشهدوا به حين يصيبه ، فانما شهدوا على ضغن[٢٦] .

---

(٢١) قوله : (وقال بعضهم : الثلاثه فصاعدا) قلت هو قول الزهري (تفسير ابن كثير : ٣/٢٦٢) واحكام القرآن للجصاص : ٣/٢٦٤ .

(٢٢) قوله : (وقال بعضهم : هي الجماعة الكثيرة) قلت ذكر الجصاص عن الحسن وأبي بريدة ان الطائفة عشرة (احكام القرآن : ٣/٢٦٤) .

(٢٣) التوبة : ١٢٣ . وحول اختلافهم في ذلك وتحديد معنى الطائفة ومقدارها انظر تفسير القرطبي : ٨/٢٩٤ ، تفسير الدر المنثور : ٣/٢٩٢ ، تفسير البغوي : ٣/١٣٦ ـ ١٣٧ ، تفسير الخازن : ٣/١٣٦ ـ ١٣٧ أيضا ، تفسير ابن كثير : ٢/٤٠٠ ـ ٤٠١ ، تفسير الطبري : ١٤/٥٦٢ وما بعدها ، احكام القرآن للجصاص : ٣/١٦١ .

(٢٤) هـ : ايما مؤمنين .

(٢٥) ف : يحد .

(٢٦) حديث عمر : ايما قوم شهدوا على رجل بحد ... الخ اورده السرخسي عنه في المبسوط بلفظ ايما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فانما هم شهود ضغن ، وقال : قال الحسن رحمه الله تعالى في حديثه ←

اورد محمد رحمه الله هذا الحديث في كتاب الحدود[٢٧] •
وقد بينا الكلام فيه ثمة •

[الرجم والمبالغة في التثبت فيه]

[١٥١٧] قال :

ولو ان اربعة شهدوا على رجل بالزنى ، فشهدوا عند الحاكم انه راوه[٢٨] زنى بامرأة رأوها ، وقالوا : راينا ذكره في فرجها قد غاب كما يغيب الميل في المكحلة ، وسألهم الحاكم عن الموضع الذي زنى فيه ، فاذا[٢٩] وصفوا يقيم عليه الحد : ان كان محصنـــا رجمه ، وان[٣٠] لم يكن محصنا جلده مائة جلدة •

لان المبالغه في هذا الباب شرط • والمبالغة انما تكون على هذا الوجه ، فاذا بالغوا ، اقام عليه الحد اذا شهدوا قبل أن يتقادم العهد والامر •

فاما اذا تقادم الامر [والعهد][٣١] لا يقيم[٣٢] •

لا شهادة لهم • والمعنى ان الشاهد على هذه الاسباب مخير في الابتداء بين ان يستر عليه او يشهد ، فلما اخر الشهادة عرفنا انه مال الى الستر ، ثم حملته العداوة على أن يترك الستر ويشهد عليه ، فلا تكون هذه شهادة بطريق الحسبة فلهذا لا تقبل بخلاف حد القذف فان الشهادة عليه لا تقبل الا بخصومة المقذوف وطلبه الحد ••• الخ (المبسوط : ٩/٦٩) •

(٢٧) قوله اورد محمد رحمه الله هذا الحديث في كتاب الحدود مـرت الآن الاشارة الى موضعه من كتاب مبسوط السرخسي • فلينظر هناك •

(٢٨) س،ل : انهم رأوه يزني بهذه المرأة او كانت المرأة غائبة فشهدوا انه زنى بامرأة وقالوا رأينا ذكره في فرجها قد غاب كما •••

(٢٩) س،ل : فوصفوا ذلك فانه يقيم الحد •

(٣٠) س : وان كان غير محصن •

(٣١) ما بين القوسين زيادة من سائر النسخ وقد سقط من كل •

(٣٢) ل : ليقيم الحد •

وهدا ادا كان التقادم بغير عدر •

اما اذا كان بعدر : بان لم يكن في البلدة قاص . او جـــاء الشهود من مصر آخر لا يمتنع القبول : لمكان التقادم : لحديث المغيرة[34] ، كما ذكر صاحب الكتاب •

---

(٣٣) فـك : بحديث •

(٣٤) قوله : لحديث المغيرة ، قلب هو المغيرة بن شعبة بن ابي عامر بن مسعود بن معتب بن مالك ، الثقفي ابو عيسى وابو محمد قال الطبري ويكنى ابا عبدالله الصحابي المشهور ، اسلم عام الخندق وشهد الحديبية وله في صلحها كلام مع عروة بن مسعود (انظر سيرة ابن هشام ٣١٣/١) ، وكان موصوفا بالدهاء قال الشعبي : دهاة العرب اربعه . معاوية بن ابي سفيان وعمرو بن العاص والمغيرة بن شعبة وزياد فاما معاويه فللاناة والحلم واما عمرو فللمعضلات واما المغيرة فللمبادهه ، واما زياد فللصغير والكبير •

ولي المغيرة البصرة على عهد عمر وهو اول من وضع ديوان البصرة فلم يزل عليها حتى قتل عمر فاقره عثمان عليها ثم عزله • شهد المغيرة اليمامة وفتــوح الشام والقادسية ونهاوند ودهبت عينه في اليرموك ، اعتزل الفتنة بعد قتل عثمان استعمله معاوية على الكوفة فلم يزل عليها الى ان مات سنة خمسين انظر اخباره في الاصابة : ٤٣٢/٣ ـ ٤٣٣ ، الاستيعاب : ٣٦٨/٣ـ٣٧١ ، اســد الغابة : ٢٤٧/٥ـ٢٤٩ رقم ٥٠٦٤ ، جمهرة انساب العرب لابن حزم : ٢٦٧ •

وحديث المغيرة ما روي انه شهد عند عمر على المغيرة بن شعبة بالزنــى ابو بكرة ونافع ونفيع ولم يصرح به زياد وكان رابعهم وكان المغيرة يومئــذ اميرا على البصرة فعزله عمر وولى ابا موسى قال ابن حجر وافاد البلاذري ان المرأة التي رمي بها : ام جميل بنت محجن بن الافقم الهلالية ، وقيل ان المغيرة كان تزوج بها سرا وكان عمر لا يجيز نكاح السر ويوجب الحد على فاعله ، وفي الاخبار ان عمر عرض لزياد بالتوقف في الشهادة ، لئلا يفضح صحابيا مــن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء الشهود من البصرة الى عمر فشهد الثلاثة ولم يصرح زياد فجلد عمر الثلاثة الحد فانظر القصة في كتب ترجمته وفي مسند الشافعي (ط مفردة) : ٥٢ وترتيب مسند الشافعي ١٨٢/٢ ، سنن الدارقطني (ط الهند) : ٣٧١ ، المستدرك : ٤٤٨/٣ ، السنن الكبرى : ٢٣٠/٨، ٢٣١ . ٢٣٤ـ٢٣٥ . ٢٣٧ ، ١٤٧/١٠ ، المنتخب من كنز العمال (بهامش

وتكلموا في حد التقادم •

وقدره[٣٥] صاحب الكتاب بالشهر[٣٦] فما فوقه •

وقد استقصينا الكلام فيه في كتاب الحدود •

[تعمد النظر لاقامة شهادة الحسبة لا يسقط العدالة]

[١٥١٨] قال :

وان شهدوا عند القاضي : أنهم تعمدوا النظر اليه ، وهو يجامعها ، ليشهدوا عليه بالزنى ، فشهادتهم عليه جائزة •

لان هذا النظر لاقامة الحسبة ، فلا يصيرون[٣٧] به فسقة •

[اجتماع الشهود في حد الزنى]

[١٥١٩] قال :

فان حضر الشهود مجلس القاضي مجلسا واحدا وشهدوا جملة تمت[٣٨] الشهادة •

لانهم[٣٩] شهود •

وان جاءوا متفرقين — يريد به في مجالس متفرقة — وشهد [٣١٧م] كل واحد في مجلس ، لم تتم الشهادة •

احمد) ٤١٣/٢ . سنن ابي داود : ١٤٨/٤ ، تاريخ الطبري (ط الحسينية) ٢٠٦/٤ الكامل لابن الاثير . ٢٢٨/٢ ، البداية والنهاية : ٨١/٧ ، شرح نهج البلاغه (ط اولى) ١٢/٣ ، ١٥٩-١٦١ ، نصب الراية : ٣٤٤/٣ — ٣٤٦ ، مجمع الزوائد ٢٨٠/٦ . تلخيص الحبير : ٦٣/٤-٦٤ ضمن الرقم ١٧٦٩ •

(٣٥) ك ل . وقدر •

(٣٦) س بشهر فما فوقه •

(٣٧) ف ب هـ ل ص . فلا يصيروا (بحذف النون) •

(٣٨) ص . تمت به الشهادة •

(٣٩) س ف لانهم شهدوا •

لانهم قدفة . فيحدون حد القدف ، ولا يجب الحد على المشهود عليه بشهادتهم ٠

[١٥٢٠] قال :

فان كان القاضي يدعو بهم واحدا واحدا ، حتى توافى[٤٠] الاربعة ، فشهدوا جميعا تمت[٤١] الشهادة ٠

يريد به اذا كان يدعو بهم واحدا واحدا ويشهد كل واحد قبل مجيء الآخر ٠

لان الاجتماع في المجلس الواحد شرط ؛ لان المجلس الواحد جامع[٤٢]، وقد وجد ٠

[١٥٢١] قال :

واذا حضر الثلاثة ، وشهد كل واحد منهم ، وتخلف[٤٣] واحد من الاربعة ، فان دعي ثلاث مرات ، فلم يجب ضرب الثلاثة الحد ٠

لان الامتناع من الرابع قد تحقق ، فصار الثلاثة قذفة ٠

ثم شرط أن يدعوه القاضي ثلاث مرات ، لان الامتناع من الرابع لا يتحقق ما لم يدع به القاضي ثلاث مرات : كالامتناع عن اليمين ، لا يتحقق الا بعرض اليمين عليه ثلاث مرات ٠

---

(٤٠) س : حتي اجتمعوا الاربعة (كذا) ٠ ف حتى أدى ٠ هـ : حتى توافوا ٠

(٤١) س : ثبتت الشهادة ٠

(٤٢) هـ : لان المجلس الواحد كاف وقد وجد ٠

(٤٣) س . وتخلف الرابع ٠

فان قيل : هذا الدعاء ثلاث مرات احتيال[44] لا يجاب الحد على المشهود عليه ، والحدود يحتال في درئها[45]، لا لايجابها •

قيل له : لو لم يدع هذا الواحد[46] لوجب حد القذف على هؤلاء الثلاثة ، ولو دعي[47]، وجب حد الزنى على هذا الواحد • وانما يستحسن[48] لدرء الحد اذا لم يكن في أحد الجانبين ايجاب، أما اذا كان فلا يستحسن •

[١٥٢٢] قال :

وان كان القاضي لما دعا هذا الواحد فلم يجب حتى قضى على الثلاثة بالحد للمشهود عليه ، ثم جاء بعد ذلك هذا الرابع وشهد[49] ، فانه يقام الحد عليه ايضا معهم •

لان القاضي لما قضى بالحد عليهم انقلبت شهادتهم قذفا ، فبعد ذلك لا تعود[50] شهادتهم بقول هذا الرابع ، فصار هذا الرابع ايضا قاذفا •

[١٥٢٣] قال :

وكذلك ان كان القاضي قضى عليهم بالحد ، وضرب بعضهم

---

(٤٤) فجم . احتيالا •

(٤٥) ب : يحتال لردها • س : يحتال للدرء بها لا لاثباتها • ل هـ : لدرئها •

(٤٦) س : لو لم يدع هذا الواحد ثلاث مرات لاوجب الحد •

(٤٧) ف : ادعى • س : فلو دعي واحدة لوجب حد الزنى •

(٤٨) سف : استحسن •

(٤٩) س : وشهد به •

(٥٠) ك : لا تعود شهادة هذا الرابع فصار هذا الرابع ايضا قاذفا (وهو تصحيف) وفي ل : لا تعود شهادة بقول هذا الرابع •

أو لم يضربهم حتى جاء [٣١٧ب] هذا الرابع ، وشهد ، فانهم يحدون جميعا ٠

لما قلنا ٠

[اختلاف الشهادات في الزني ودرء الحد بالشبهة]

[١٥٢٤] قال :

وان شهدوا عليه جميعا بالزنى ، فشهد اثنان : أنه زنى بالكوفة ، وشهد آخران[٥١] أنه زنى بالبصرة ، درئ عنه وعنهم الحد[٥٢] ٠

أما عنه ، فلأنه لم يجتمع[٥٣] الاربعة على الزنى الواحد ؛ لان الزنى فعل ، والفعل بالكوفة غير الفعل بالبصرة ٠

واما عنهم ، فلأن الاربعة متفقون على أنه زان ، فلم يبق محصنا ، وقذف غير المحصن لا يوجب الحد ٠

[١٥٢٥] قال :

وكذلك ان شهد اثنان : أنه زنى [بها][٥٤] يوم الجمعة وشهد اثنان انه زنى بها يوم السبت ، درئ الحد عنه وعنهم ٠

لما قلنا[٥٥] ٠

---

(٥١) فجم : وشهد اثنان ٠

(٥٢) ل : درأ عنهم وعنه الحد جميعا ٠

(٥٣) ف : لم يمنع ٠

(٥٤) الزيادة من صب ٠

(٥٥) س : لما بينا ٠ وقد سقطت من فجم ٠

وكذلك ان شهد شاهدان . أنـــه زنـى في هذه الدار(٥٦)
[وشهد آخران : أنه زنى في](٥٧) الدار الاخرى ، درىء الحـــد
عنه وعنهم .

وكذلك ان شهد اثنان : أنه زنى في هذه الدار في العلو ، وشهد
اثنان : أنه زنى بها في هذه الدار في السفل ، درىء الحد عنـــه
وعنهـــــم .

وكذلك ان شهد اثنان : أنه زنى بها [في هذا البيت](٥٨)
في هذه الدار ، وشهد اثنان : أنه زنى بها في هذا البيت في هذه
الدار ، وهو بيت آخر ، درىء الحد عنه وعنهم .

هذا مذهب علمائنا الثلاثة .

وقال زفر رحمه الله : لا يدرأ الحد عنهم .

والمسألة بتمامها في كتاب الحدود(٥٩) .

[١٥٢٦] [قال] :

وان اجتمعوا جميعا على بيت واحد ، فقال اثنان : عن(٦٠)
يمين البيت ، وقال الآخران : عن يسار البيت ، فانه يقام على
الرجل الحد(٦١) .

---

(٥٦) ب : وكذلك ان شهد اثنان انه زنى في هذه الدار وهي دار اخرى درىء الحد عنه وعنهم وقد سقطت هذه العبارة كلها من هـ ف ج م ل .

(٥٧) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن س ص .

(٥٨) ما بين القوسين سقط من متن الاصل ومن هـ ف ج م وقد ثبت على حاشية الاصل ك وهو موجود في بقية النسخ .

(٥٩) قوله : (والمسألة بتمامها في كتاب الحدود) قلت شرحهـــا السرخسي في مبسوطه فانظرها وفيها رأي زفر (جـ٩ ص٦١) .

(٦٠) س : في يمين ... وفي يسار . وقد سقطت هذه العبارة من ل .

(٦١) س : فانه يقام على الرجل الحد استحسانا .

وهو[٦٢] استحسان ٠

والقياس ان لا يقام[٦٣] الحد عليه ، ويقام على الشهود ٠

وحق المسألة كتاب الحدود[٦٤] ٠

[١٥٢٧] قال :

فان شهد اثنان : انه زنى بامرأة حبشية ، وشهد آخران : انه زنى بامرأة خراسانية ، أو قال اثنان : كوفية ، وقال اثنان : بصرية ، فهذا على وجهين ٠

اما ان كانت المرأتين غائبتين ، أو حاضرتين ٠

ففي الوجه الاول يدرأ الحد عن الشهود وعنه [٣١٨آ] :-

اما عنه ، فلأن الفعل مختلف ، ولم يقم على[٦٥] كل فعل الا شهادة شاهدين ، والزنى لا يثبت بشهادة شاهدين ٠

واما عن الشهود ، فلأنه لو وجب [الحد][٦٦] على الشهود ، فانما يجب [عليهم][٦٧] للرجل بدعواه ، والشهود متفقون على انه زان وأنه غير محصن ٠

واما في الوجه الثاني ، [فان] لكل واحدة منهما أن تقيم[٦٨] على الشاهدين اللذين شهدا عليها الحد ٠

---

(٦٢) ل : وهذا استحسان ٠

(٦٣) ل ألا يقام على الرجل الحد ٠

(٦٤) قوله : (وحق المسألة كتاب الحدود) قلت ذكرها السرخسي في المبسوط وعللها (٩/٦١-٦٢) ٠

(٦٥) س-ف : على كل واحد ٠

(٦٦) الزيادة من ل ٠

(٦٧) الزيادة من ل ٠

(٦٨) س : ان تقيم البينة على الشاهدين ٠

وكذلك في الوجه الاول اذا حضرتا ٠
لانه شهد بالزنى على كل واحد منهما اثنان ، فكان قذفا ٠
[١٥٢٨] قال :
وكذلك ان شهد اثنان : انه زنى بحرة ، وشهد آخران : انه زنى بأمة ٠
ففي [الوجه](٦٩) الاول دریء الحد عنهم وعنه ٠
وفي الوجه الثاني والوجه الاول اذا حضرتا كان للحرة ان تحد اللذين شهدا عليها ٠
لانهما(٧٠) قذفا المحصنة ٠
وليس للامة ذلك ٠
لانها غير محصنة ٠
[١٥٢٩] قال(٧١) :
وكذلك ان قال اثنان : انه زنى بامرأة بالغة ، وقال الآخران: انه زنى بجارية لم تبلغ ٠
ففي الوجه الاول دریء الحد عنه وعنهم ٠
وفي الوجه [الثاني والوجه] الاول [اذا حضرتا] كان للبالغة أن تحد اللذين شهدا عليها ٠
لانها محصنة ٠
وليس للصغيرة ذلك ٠
لانها غير محصنة ٠

---

(٦٩) الزيادة من لصب ٠
(٧٠) س : لانها محصنة فتنقلب الشهادة قذفا وليس للامة ذلك ٠
(٧١) سقطت هذه المسألة كلها من فجم ٠

[١٥٣٠] قال :

وان شهد اثنان : انه زنى بامرأة سوداء ، وشهد آخران : انه زنى بامرأة بيضاء ، ففي الوجه الاول يدرأ عنهم وعنه الحد ٠

لان اللونين لا يتشابهان ، فصار كما لو شهد اثنان : انه زنى بامرأة ، وشهد آخران : أنه زنى بامرأة اخرى ٠

وفي الوجه الثاني والوجه الاول اذا حضرتا كان لكل واحدة منهما ان تقيم الحد على اللذين شهدا عليها [بذلك](٧٢) ٠

[١٥٣١] قال :

وان شهد اثنان : انه زنى بامرأة بيضاء ، وشهد اثنان : انه زنى بامرأة سمراء ، تقبل الشهادة ويجب الحد على المشهود عليه ، ان كان محصنا الرجم(٧٣) ، وان كان غير(٧٤) محصن الجلد ٠

لان اللونين [٣١٨ب] يتشابهان(٧٥) ، فلم يكن هذا اختلافا في الشهادة فتقبل(٧٦) ٠

وكذلك ان شهد اثنان : أنه زنى بها وعليها ثوب احمر ، وشهد اثنان : انه زنى بها وعليها ثوب اصفر ٠

وكذلك(٧٧) ان شهد اثنان : انه زنى بها وعليها ثوب احمر ، وشهد اثنان : انه زنها بها وعليها ثوب اسود ٠

---

(٧٢) الزيادة من ل ٠
(٧٣) فب : رجم ٠
(٧٤) ب : وان كان غير محصن جلد ٠ س : وان كان غير محصن فيحد ٠
(٧٥) س : يشتبهان ٠
(٧٦) ب : فيقبل ذلك ٠
(٧٧) س ٠ وكذا لو قال احدهما ثوب احمر وقال الآخر ثوب اسود ٠

لانه يحتمل ان يكون عليها ثوبان . احدهما احمر . والآخر اصفر ، أو أسود فاحد[٧٨] الفريقين وقف على احد الثوبين والفريق الثاني وقف على الثوب الآخر . فلم يكن هذا اختلافا في الشهادة •

وهذا قول علمائنا الثلاثة •

وعلى قول زفر : هذا اختلاف في الشهادة ، ويقام الحد على الشهود ، وصار الاختلاف في[٧٩] هذه الوجوه كالاختلاف في زوايا البيت •

والمسألة مرت[٨٠] •

[١٥٣٢] قال :

وكذا اذا اختلفوا في الطول والقصر ، أو في السمن والهزال؛ بأن شهد اثنان : انها كانت قصيرة ، وشهد اثنان : أنها كانت طويلة ، أو شهد اثنان : انها كانت سمينة ، وشهد اثنان انها كانت مهزولة[٨١]، فهذا ليس باختلاف ، ويقام على الرجل الحد • لما قلنا •

[السؤال عن الاحصان قبل اقامة الحد]

[١٥٣٣] قال :

---

(٧٨) س فوقف احد الفريقين على احد الثوبين والآخر على الثوب الآخر •

(٧٩) ف ك : من هذه •

(٨٠) ب · في المسألة التي مرت • وقوله · (والمسألة مرت) قلت انظر المسألة ١٥٢٦ وانظر المبسوط للسرخسي (٦٢/٩) •

(٨١) س ف : هزيلة •

واذا ثبت الزنى عند الحاكم على رجل ، فينبغي أن يســـأل عن احصانه ٠

لان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل هكذا[٨٢] بماعز حين أقر بين يديه[٨٣] ٠

ولان الحد يختلف في حق المحصن وغير المحصن ، فلابد أن[٨٤] يسأل [عن ذلك][٨٥] ٠

فان ثبت احصانه عند القاضي ، وشرائطه معلومة[٨٦] في كتاب الحدود ، قضى عليه بالرجم ٠

[كيفية الرجم]

[١٥٣٤] ثم كيفية الرجم ما وصف صاحب الكتاب في الكتاب فقال :

يخرج الى موضع كثير الحجارة ، فيبدأ الشهود بالرجم[٨٧] ، ثم الامام ثم الناس ٠

[١٥٣٥] قال :

ولا تحفر له حفيرة ان كان رجلا ، وان كانت امرأة ، تحفر لها حفيرة ٠

---

(٨٢) س ل : هكذا فعل ٠

(٨٣) قوله : (لان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل هكذا بماعز حين أقر بين يديه) قلت مرت ترجمة ماعز وتخريج حديثه في الباب الثامن والسبعين في هذا الجزء فانظر الفقرة ١١٠٤ وتعليقاتها ٠

(٨٤) ف : فلابد وان يسأل ٠ وقد سقطت هذه العبارة من س ٠

(٨٥) الزيادة من ل ٠

(٨٦) س : وشرائطه معروفة ٠

(٨٧) س : فيبدأ الشهود برجمه ثم الناس ثم الامام ٠

والفرق[88] [319آ] مذكور في كتاب الحدود •

[يبدأ الشهود بالرجم قبل ان يرجم الامام والناس]

[1533] قال :

وان ابى الشهود أن يرجموا[89]، أو كانوا موتى[90]، أو غيبا ، أو ابى ذلك بعضهم ، لم يرجم الامام في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله •

وقال أبو يوسف رحمه الله : يرجم[91] الامام •

هكذا ذكر صاحب الكتاب •

وذكر شمس الائمة الحلواني ، وشمس الائمة السرخسي : المحفوظ[92] عن أبي يوسف والمشهور عنه أن في الموت والغيبة الامام يرجمه ، اما اذا كانوا حضورا ، فلا يرجمه الامام •

فعلى هذا هو فرّق[93] بين الموت والغيبة ، وبين الامتناع •

والفرق لهم : أنهم اذا كانوا حضورا[94] فأبوا كان هذا رجوعا منهم عن الشهادة • فاما اذا ماتوا أو غابوا فلا[95] •

---

(88) ص : والفرق بينهما مذكور •

(89) س : أن يرجموه •

(90) س : او كانوا موتى او غائبين لم يرجمه الامام •

(91) فب : يرجمه الامام •

(92) س : ان المحفوظ •

(93) س : هو الفرق •

(94) من قوله : (فلا يرجمه الامام فعلى الامام هذا هو •••) الى هنا ليس في ب •

(95) فـلا : لا (بسقوط الفاء) •

[يصنع بالمرجوم ما يصنع بالميت]

[١٥٢٣] قال :

واذا مات المرجوم غسل وكفن وحنط[٩٦] ، وصلي عليه ، ودفن ، ويصنع[٩٧] به ما يصنع بالموتى •

لما روي[٩٨] أن ماعزا لما رجم[٩٩] جاء عمه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : ان ماعزا قتل[١٠٠] كما يقتل الكلاب ، فقال عليه الصلاة والسلام •

« لا تقل هذا ، فلقد تاب توبة ، لو قسمت[١٠١] على أهل المدينة لوسعتهم ، اذهب ، فغسله[١٠٢]، وكفنه ، وصل عليه ، وادفنه »[١٠٣] •

هذا اذا ثبت الزنى على الرجل • وان[١٠٤] ثبت الزنى على

---

(٩٦) س،ف : وحفظ (وهو تصحيف) • وحنط وتحنط بالحنوط بفتح الحاء (ديوان الادب ـ باب تفعل ـ ٢/٤٥٠) قال النووي : والحنوط المذكور في طيب الميت هو بفتح الحاء وضم النون ويقال الحناط (تهذيب الاسماء واللغات ٢/٧٤ حنط) قال الازهري والحنوط يخلط من الطيب للميت خاصة •• من ذريرة او مسك او عنبر او كافور وغيره من قصب هندي او صندل مدقوق فهو كله حنوط وحناط (تهذيب اللغة : ٤/٣٩٠) وتحنط الرجل بالحنوط اذا أستعمله متأهبا للموت (تهذيب الاسماء واللغات : ٢/٧٤) •

(٩٧) ل،س،ف : وصنع •

(٩٨) س : لما روي عن ماعز لما رجم جاء عمه الى النبي •••

(٩٩) هـ : لما رجم اتى جماعة ••

(١٠٠) س : ان ماعزا رجم كما ترجم الكلاب •••

(١٠١) س : لو فرقت •

(١٠٢) ف،ك : فاغسله • ب وغسله •

(١٠٣) حديث ماعز مر تخريجه في الفقرة ١١٠٤ من هذا الجزء •

(١٠٤) ل : فاما اذا ثبت •

المرأة وهي محصنة ، حفر لها حفرة[١٠٥] الى موضع الثدي[١٠٦] .
والكلام[١٠٧] في كيفية الحفر للمرأة مر في كتاب الحدود .

[بم يصير المرء محصنا]

[١٥٣٤] ثم ذكر صاحب الكتاب بعد هذا أن المرء[١٠٨] لا يصير محصنا بالدخول بالامة ، والمدبرة ، وام الولد ، والمكاتبة[١٠٩] ، والصبية ، والذمية ، سواء كان بالنكاح أو بغيره .

وهذا يرجع الى معرفة شرائط الاحصان .

وموضع[١١٠] المعرفة كتاب الحدود .

[١٥٣٥] قال :

واذا[١١١] ثبت الزنى ولا يعلم القاضي اهو محصن أم لا [فانه][١١٢] لا يقيم عليه الحد حتى[١١٣] يتبين أمره لما قلنا .
فان أقر هو انه محصن سأل [٢١٩ب] عن احصانه كيف هو ؟

---

(١٠٥) ب : حفيرة .

(١٠٦) س : الى موضع الثديين .

(١٠٧) ص : والكلام في الحفرة للمرأة في كتاب ... هـ : والكلام في كيفية حفر المرأة . ب : والكلام في كيفية حفيرة المرأة .

(١٠٨) ب : ان الرجل .

(١٠٩) ف : والكتابية (وهو تصحيف) .

(١١٠) س : وموضع المسألة معروفة في ...

(١١١) ل : وان ثبت . ب : واذا ثبت الزنى ولم يعلم . ف : وان ثبت الزنى ولا يعلم انه محصن سئل عن أحصانه (بسقوط عبارة) .

(١١٢) الزيادة من ل .

(١١٣) س ص : حتى يثبت امره .

لان الاحصان مجمل(١١٤) ، والمجمل يستفسر •

فاذا فسره على الوجه الذي ذكرنا ، فحينئذ يقضي(١١٥) عليه بالرجم •

ومن جملة شرائط الاحصان الدخول ، والدخول كما يثبت بالاقرار ، يثبت بولد تأتي به امرأته ؛ لانه شاهد على الدخول •

[الجلد لغير المحصن]

[١٥٣٦] قال :

هذا اذا ثبت الرجم ، فان ثبت(١١٦) الجلد فالقاضي يقضي عليه بالجلد •

[كيفية الجلد]

[١٥٣٧] ثم كيفية الجلد ما ذكره صاحب الكتاب في الكتاب فقال :

اذا قضى عليه بجلد مائة سوط يخرجه من المسجد فيجرده(١١٧)، ويفرّق الضرب على اعضائه ، الا اعضاء مخصوصة(١١٨) •

والكلام [فيه](١١٩) طويل •

هذا في الرجل •

---

(١١٤) س : محتمل •

(١١٥) ب : قضى •

(١١٦) ل : فاما اذا ثبت •

(١١٧) ص : فيحده •

(١١٨) فجم : الا الاعضاء المخصوصة • ل : الا اعضاء مخصوصة وهي الوجه والراس والمذاكير •

(١١٩) الزيادة من هب •

فاما المرأة فتضرب[١٢٠] في ثيابها وهي جالسة ، ويفرّق الضرب على أعضائها ، الا أعضاء مخصوصة[١٢١] .
والكلام [فيه][١٢٢] طويل أيضا ، وموضعه كتاب الحدود .

[الاقرار في الزنى هل يبطله التقادم ؟]

[١٥٣٨] [قال][١٢٣] :

والاقرار لا يبطله تقادم[١٢٤] العهد .
فرق بين الاقرار وبين البينة[١٢٥] .

والفرق : أنه تمكنت[١٢٦] التهمة في البينة من حيث أن الضغينة[١٢٧] حملتهم على اداء الشهادة ولم تتمكن هذه التهمة في الاقرار في مجلس واحد .

فان أقر عند القاضي اربع مرات، في اربعة[١٢٨] [مواطن][١٢٩] قبل ذلك منه .

وكذلك[١٣٠] ان كان الاقرار في مجلس واحد ، الا أنه

---

(١٢٠) ص : فتحد . ل : فانها تضرب .
(١٢١) ل : الا اعضاء مخصوصة وهي الوجه والرأس والكلام فيه طويل وموضع ذلك كتاب الحدود .
(١٢٢) الزيادة من ب .
(١٢٣) الزيادة من ب أيضا .
(١٢٤) ب : لا يبطله التقادم .
(١٢٥) ل : بين الاقرار والبينة .
(١٢٦) هـ ف ل : تمكن التهمة .
(١٢٧) هـ : ان العصبية .
(١٢٨) س ك ص ب : في اربع .
(١٢٩) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن بقية النسخ .
(١٣٠) ل : وكذلك الاقرار في مجلس .

يطرده[١٣١] في كل مرة ، حتى يتوارى عنه ، ثم يجيء في ذلك المجلس ، فيقر حتى تتم اربع مرات فانه يقيم عليه [الحد][١٣٢] .

لان الاقرار[١٣٣] اربع مرات في اربعة[١٣٤] مجالس شرط[١٣٥] لظهور[١٣٦] الزنى الموجب[١٣٧] للحد عندنا . لكن الشرط اختلاف مجالس المقر لا مجالس[١٣٨] القاضي .

لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل اقرار[١٣٩] ما عز بالزنى وهو في مكانه ، لكن انما اختلفت مجالس ماعز قبل ، كذا هنا[١٤٠] .

وان أقر اربع مرات في اربعة[١٤١] مواطن بينهما شهر أو سنة [٣٢٠آ] أو أكثر من ذلك فانه يؤخذ بذلك .

لانه لو لم يؤخذ[١٤٢] فانما لم يؤخذ لمكان التقادم ، وقد بيّنا أن التقادم لا يمنع صحة الاقرار .

---

(١٣١) ف : الا أنه يطول في كل مرة .

(١٣٢) الزيادة من ل ب .

(١٣٣) ف ل : لان الاقارير .

(١٣٤) س ك : في أربع مجالس .

(١٣٥) ف ك : فشرط . هـ س : شرط ظهور .

(١٣٦) ل هـ س : ظهور .

(١٣٧) س : لوجوب الحد عندنا .

(١٣٨) ب : لا اختلاف مجالس القاضي .

(١٣٩) هـ ل وفي حاشية ك : اقارير .

(١٤٠) قوله : (قبل كذا هنا) ليس في س .

(١٤١) ك : اربع مواطن . ل : اربعة مواضع .

(١٤٢) س : لانه لو لم يوجد باقراره انما لا يوجد لمكان ... ب : لانه لو لم يتكلم انما يؤخذ .

[زنى العبد والامة والذمي]

[١٥٣٩] قال :

وان كانت الشهادة في الزنى على عبد أو أمة ، أو ذمي[١٤٣]، فلا رجم على واحد من هؤلاء •

لان هؤلاء غير محصنين ، فلا يجب عليهم الرجم ، لكن يجب عليهم الجلد • فبعد ذلك ينظر • ان كان رقيقا يجلـــد[١٤٤] خمسين جلدة • وان كان[١٤٥] حرا ذميا يجلد مائة جلدة •

لان الرق منصّف[١٤٦] للعقوبة •

هذا حد الزنى •

وكذا حد القذف على الحر المسلم او الذمي ثمانون جلدة • وعلى العبد اربعون سوطا ؛ لان الرق منصف[١٤٧] •

[هل يجرد من ثبت عليه الحد من ملابسه لاقامة الحد ؟]

[١٥٤٠] قال :

ويضربه في حد القذف على[١٤٨] الحالة التي كان عليهـــا حين قذف ، الا أن يكون عليه فرو[١٤٩]، أو حشو ، فينزع ذلك عنـــه •

---

(١٤٣) ف او ذي رحم (وهو تصحيف) •

(١٤٤) ب : ان كان رقيقا حده خمسون جلدة •

(١٤٥) س : وان كان حرا مائة جلدة • ف ل : وان كان حرا ذميـــا حده مائة جلدة •

(١٤٦) س : ينصف •

(١٤٧) س : ينصف • وقوله : وكذا حد القذف على الحر المسلم •• الى هنا ليس في ف ج م •

(١٤٨) س : على الحال الذي •••

(١٤٩) ب : الا ان يكون عليه فواحش (كذا وهو تصحيف) •

يريد به أنه لا يجرد في حد القذف •

فرق بين حد القذف وبين حد الزنى وشرب الخمر والتعزيز فانه يجرد •

وموضع معرفة الفرق كتاب الحدود •

[نوع الضرب في حد القذف]

[١٥٤١] قال :

ويضربه[١٥٠] ضربا بين الضربين •

يريد به في حد[١٥١] القذف لا يشدد ، ولا يخفف ، فيكون في ما بين ذلك •

[لا تقام الحدود في المساجد]

[١٥٤٢] قال :

ولا يضرب في المسجد •

ولا تقام الحدود في المساجد لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

« جنّبوا[١٥٢] مساجدكم صبيانكم ، ومجانينكم ، ورفع اصواتكم ، واقامة حدودكم »[١٥٣] •

---

(١٥٠) ل : ويضرب •

(١٥١) ب : ان في حد القذف •

(١٥٢) ب : جنبوا صبيانكم مساجدكم •••

(١٥٣) حديث « جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصوتكم واقامة حدودكم » رواه ابن ماجة في المساجد عن احمد بن يوسف السلمي ، ثنا ←

ولان ألم الضرب متى وصل الى المحدود فربما ينفصل منه شيء ، وقد نهينا عن تلويث[154] المسجد .

وان كان القاضي في المسجد ، وهو يضرب خارج المسجد ، فلا بأس به .

لان ماعزا أقر بين[155] بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم في المسجد ، ثم اخرج[156] عن المسجد واقيم[156] عليه الحد .

مسلم بن ابراهيم ، ثنا الحارث بن نبهان ، حدثنا عتبة بن يقظان ، عن ابي سعيد ، عن مكحول ، عن واثلة بن الاسقع : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وشراركم ، وبيعكم ، وخصوماتكم ، ورفع اصواتكم ، واقامة حدودكم ، وسل سيوفكم ، واتخذوا على ابوابها المطاهر ، وجمروها في الجمع » قال محققه : في الزوائد اسناده ضعيف ، فان الحارث ابن نبهان متفق على ضعفه (سنن ابن ماجة الباب الخامس من كتاب المساجد الحديث رقم ٧٥٠ ، جـ١ ص ٢٤٧) وقال البزار : لا أصل له ، وتعقبه السخاوي بانه عند ابن ماجة (كشف الخفاء : ١/٤٠٠ رقم ١٠٧٧) ولكن السخاوي ضعفه وقال : وسنده ضعيف ولكن له شاهد عند الطبراني في الكبير والعقيلي وابن عدي بسند فيه العلاء بن كثير الشامي وهو ضعيف من حديث مكحول عن ابي الدرداء وابى امامة وواثلة قالوا سمعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره (المقاصد الحسنة : ١٧٥ رقم ٣٧٢) وانظر الفتح الكبير في ضم الزيادة الى الجامع الصغير وهو فيه من الزيادة : ٢/٦٤) ورواه الطبراني في الكبير من حديث واثلة وفيه العلاء بن كثير الليثي الشامي وهو ضعيف ، ومن حديث مكحول عن معاذ ومكحول لم يسمع من معاذ (مجمع الزوائد ٢/٢٥-٢٦) .

(١٥٤) ب : وقد نهينا عن ذلك اي تلويث المسجد .

(١٥٥) ب : اثر بالزنى بين يدي ...

(١٥٦) س : ثم اخرج لاقامة الحد عليه .

(١٥٧) ل : وأثم عليه الحد .

[هل يمد المضروب بين العقابين ؟]

[١٥٤٣] [قال][١٥٨] :

ولا يمد ، الا أن يغلبهم ، ولا[١٥٩] يلبث [٣٢٠ب] للضرب[١٦٠] فيمد ٠

وتكلموا في قوله : ولا يمدّ ٠

منهم من قال : اراد به : لا يمد السوط ، يعني كما وقع السوط على العضو يرفع ولا يمد ٠

ومنهم من قال : لا يمد بين العقابين[١٦١] ٠ ألا ترى أنه قال في الكتاب : الا أن يغلبهم ، بدفع[١٦٢] السوط عن نفسه هربا فلا يلبث[١٦٣] للضرب ، فحينئذ يمد بين العقابين ٠

[اشد الضرب في الحدود]

[١٥٤٤] قال :

وأشد الضرب [ضرب][١٦٤] التعزير ، ثم حد الزنى ، ثم

---

(١٥٨) الزيادة من س ل ٠

(١٥٩) ل : ولا يثبت ٠

(١٦٠) س : بالضرب ٠

(١٦١) جاء في حاشية الاصل هنا ما نصه : (العقابان عودان يشبح بينهما المضروب ٠ حاشية المعرب) اهـ ٠ قلت قال الازهري قال الليث : والعقاب : العلم الضخم ، والعقاب اللواء الذي يعقد للولاة شبه بالعقاب الطائر ٠٠٠ (تهذيب اللغة : ٢٧٧/١) ٠

(١٦٢) س : بدفع الضرب ٠ ب : برفع الضرب ٠

(١٦٣) ل : ولا يثبت ٠ ب : ولا يكتف ٠ س : ولا يلبث بالضرب ٠

(١٦٤) الزيادة من س ل ٠

حد [١٦٥] الشرب ، ثم حد القذف •

والكلام في معرفة هذه المراتب موضعه كتاب الحدود •

[حد المريض]

[١٥٤٥] قال :

وان كان الذي يقام عليه الحد مريضا ، فهذا على وجهين :

فان كان الحد مما يأتي على نفسه ؛ مثل الرجم في الزنـــى ، والقتل في الردة ، يقيمه الامام ، ولا ينتظر برءه •

لان الخوف من المرض لصيانة النفس عن الاتلاف ، والمستحق هنا الاتلاف •

وان كان مما لا يأتي على نفسه ؛ كالضرب ، لا يقيم[١٦٦] الامام عليه ، وينتظر برءه ، صيانة للنفس عن الاتلاف •

ونظير هذا زمان الحر ، وزمان البرد[١٦٧] ، فان الحد اذا كان قتلا لا يصير عذرا ، وان كان قطعا يصير عذرا •

[التقادم في حد القذف]

[١٥٤٦] قال :

وحد القذف ان تقادم او لم يتقادم فهو سواء ، وصاحبـــه مأخوذ به ان كان باقرار او ببينة ، فرق بين حد القذف وبين حد

---

(١٦٥) هـ : حد شرب الخمر • س-ب : ثم حد الخمر •

(١٦٦) س : لا يقيم عليه الحد حتى ينتظر برءه صيانة لنفسه عن الاتلاف•

(١٦٧) ل : وزمان البرد اذا كان الواجب قتلا لا يصير عذرا •

الزنى وحد السرقة وحد شرب الخمر اذا ثبت بالبينة ، فـان التقادم يمنع ٠

وموضع الفرق كتاب الحدود ٠

وحد[١٦٨] التقادم في سائر[١٦٩] الحدود سوى حد الخمر مقدر بالزمان بالاجماع ، وان كان في تقدير الزمان كلام ٠

وفي حد الخمر اختلفوا :

قـال ابو حنيفـة[١٧٠] وابو يوسـف رحمهمـا الله : يقدر[١٧١] بانقطاع الرائحة ٠

وقال محمد رحمه الله : مقدر بالزمان ، كسائر الحدود ٠

ثم في سائر الحدود سوى حد القذف فرق بين البينة [٣٢١آ] وبين الاقرار ، فان التقادم يمنع البينة ، ولا يمنع الاقرار ٠
والفرق قد مر من قبل ، لكن مع هذا قيام الرائحة شرط لاقامة حد الخمر بالاقرار عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ٠
وعند محمد رحمه الله : لا [يشترط][١٧٢] ٠
وموضع هذا الفرق كتاب الحدود ٠
وقد ذكرنا طرفا منه في شرح الجامع الصغير[١٧٣] ٠

---

(١٦٨) ج : وجه التقادم ٠ ص : ثم التقادم ٠
(١٦٩) س : في جميع الحدود ٠
(١٧٠) ب : قال ابو حنيفة يقدر بانقطاع الرائحة (بسقوط اسم ابي يوسـف) ٠
(١٧١) ص : مقيد ٠
(١٧٢) الزيادة من ل ٠ وفي ب : وعند محمد فلا ٠
(١٧٣) قوله : (وموضع هذا الفرق كتاب الحدود وقد ٠٠٠) الى هنا ليس في ب ٠

[حبس القاذف الى أن يعدل الشهود]

[١٥٤٧] قال :

وان شهد عليه رجلان بقذف رجل ، والقاضي لا يعرف الشهود ، فانه يحبسه القاضي ، ويعجل المسألة عنهما •

اما الحبس فلأن القاذف صار متهما ، وحبس المتهم مشهور[١٧٤] مشروع •

واما التعجيل[١٧٥] في المسألة فلأن الرجل محبوس ، والحبس عقوبة ، فينبغي أن يعجل المسألة ؛ لانهما ربما يجرحان[١٧٦] ، فلا يثبت الحد عليه ، فيكون معاقبا بغير[١٧٧] حجة •

قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله :

شرط تعجيل المسألة في مواضع :

منها هذا[١٧٨] •

ومنها عند الحيلولة بسبب الطلاق والعتاق •

[١٥٤٨] قال :

وان شهد عليه شاهد واحد بالقذف ، وعرفه القاضي بالعدالة ، وقال الخصم : شاهدي الآخر حاضر أحضره • فان القاضي يستحلف الطالب ان الذي تطلبه به حق واجب لك عليه •

---

(١٧٤) قوله (مشهور) ليس في فـجـصـب •

(١٧٥) هـ : واما تعجيل المسألة •

(١٧٦) ب : يخرجان •

(١٧٧) ب : من غير حجة •

(١٧٨) هـ : هذه •

فاذا حلف حبسه[179] حتى يحضر شاهده الآخر ٠

قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله :

وهذا لا يوجد في المبسوط ان الطالب يحلف في[180] هـــذا الموضع ، وانما استفيد من صاحب الكتاب ٠

واختلف اصحابنا فيه :

منهم من قال : هذا[181] شيء قاله صاحب الكتـــاب من رأيه[182] ، لا مرويا عن أبي حنيفة على ما هو الاصل عندنا : أن القضاء بشاهد ويمين في الاموال لا يجوز ، ففي الحدود أولى ٠

ومنهم من صحح هذا ، وقال :

هذا مروي عن ابي حنيفة رحمه الله ، لان الحبس عقوبــة المتهم ، فاذا انضمت[183] اليمين الى شهادة شاهد[184] واحـــد ثبتت التهمة [٢٣١ب] ٠

قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله : والطالب يحلف في مواضع :

منهما : هذا ٠

والثاني : ان المديون المحبوس اذا ادعـــى انــه معــدم ، وطلب[185] يمين الطالب أنه لا يعرف أنه معدم ، فان القاضي يحلفه ٠

---

(١٧٩) ل : يحبسه ٠

(١٨٠) س : في هذه المواضع ٠

(١٨١) ب : بان هذا ٠

(١٨٢) بف : من رواية ٠

(١٣٨) فك : انضم ٠

(١٨٤) س : الى شهادة الشاهد الواحد ٠ ب الى شاهد واحد ٠

(١٨٥) فل : يطلب ٠

فان حلف ابّد الحبس .

وان نكل اطلقه الى وقت اليسار .

ومنها(١٨٦): في فصل الاستعداء [فانه](١٨٧) ذكر في باب العدوى(١٨٨): انه اذا طلب من القاضي احضار الخصم، وهو خارج المصر ، فان القاضي يحلفه بالله : انك محق في دعواك [عليه] .
قال : فان حلف استجاب اعداءه(١٨٩) .

[حـــدّ المـرأة]

[١٥٤٩] قال :

والمرأة لا يقام عليها حد(١٩٠) رجم ، ولا ضرب ، وهي حامل حتى تضع .

أما الرجم فلأن في قتلها(١٩١) قتل الولد ، ولا جناية من الولد .

واما الضرب فلأنه متى انضم [ألم الضرب](١٩٢) الى ألم الحمل والطلق ، فربما يأتي على النفس(١٩٣) ، واتلاف النفس غير مستحق .

فاذا وضعت الحمل : فان كان الحد رجما رجمت ، لكن بشرط(١٩٤) ذكره في آخر الباب على ما نبين ان شاء الله تعالى .

---

(١٨٦) س : ومنها فصل الاستعداء .
(١٨٧) الزيادة من ل .
(١٨٨) هـ ف ب : باب الاعداء .
(١٨٩) ص : استجاب ادعاءه . ل : استجاز اعداءه . س : فان حلف اعاده . فـ ك : استجاب دعاه .
(١٩٠) س : والمرأة لا تقام عليها حدود ولا تضرب وهي حامل .
(١٩١) س : فلأن في حدها قتل الولد .
(١٩٢) الزيادة من حاشية ك ومن سائر النسخ .
(١٩٣) ب : وربما يأتي على النفس تلف واتلاف ...
(١٩٤) ف ل : لكن يشترط لرجمها ما ذكر في آخر الباب .

وإن كان جلدا ينتظر حتى تطهر[195] من نفاسها .

لان النفاس نوع مرض ، فيعتبر بسائر انواع الامراض .

فرق بين النفاس والحيض ، فانها اذا كانت حائضا ، لا ينتظر[196] طهرها ، لان الحيض ليس بمرض ، فاما النفاس فمرض ، لان النفاس اثر الولادة ، والولادة تمرضها .

[شهادة النساء في الحدود]

[١٥٥٠] قال :

ولا يقبل في شيء من الحدود شهادة النساء .

لما روي عن الزهري انه قال : مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ابي بكر وعمر رضي الله عنهما أن لا[197] شهادة للنساء في الحدود والقصاص[198] .

---

(١٩٥) ص : حتى تخرج .

(١٩٦) س : لا ينتظر بها حتى تطهر .

(١٩٧) س : ان لا تقبل شهادة النساء .

(١٩٨) حديث الزهري انه قال : مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ابي بكر وعمر رضي الله عنهما أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص . قال الزيلعي : رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال : مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا تجوز شهادة النساء في الحدود انتهى، واخرج عن الشعبي والنخعي والحسن والضحاك قالوا : لا تجوز شهادة النساء في الحدود ، واخرج عبدالرزاق في مصنفه اخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم ابن عتيبة أن علي بن ابي طالب قال : لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء . انتهى (نصب الراية : ٤/٧٩ والدراية : ٢/١٧١ رقم ٨٢٨) وقال الحافظ ←

[التعزيـــــر]

[١٥٥١] قال :

ولو أن رجلا قال لرجل : يا فاسق ، أو يا فاجر ، أو يا ابن الفاسق ، أو يا ابن الفاجر ، أو يا ابن الفاسقة ، أو يا ابـــن الفاجرة ، والذي قيل له لا يعرف بفسق وهـــو صالح [٣٢٢آ] عفيف ، فانه يعزر القائل ٠

لانه ألحق به الشين بمقالته ، فيقام عليـه التعزيـــــر ٠ والتعزير في هذا الباب يفوض الى رأي الحاكم ، لكن ما بينه وبين

ابن حجر : حديث الزهري : مضت السنة من رسول الله صلى الله عليـــه وسلم والخليفتين من بعده أن لا تقبل شهادة النساء في الحدود روي عن مالك عن عقيل عن الزهري بهذا وزاد ولا في النكاح ولا في الطلاق ولا يصح عن مالك ورواه ابو يوسف في الخراج عن الحجاج عن الزهري به ، ومن هذا الوجـــه اخرجه ابن ابي شيبة عن حفص بن غياث عن حجاج به (تلخيص الحبيـــر : ٢٠٧/٤ ضمن الحديث رقم ٢١٣٤) قلت ونجد الخبر في الخراج يرويه ابو يوسف عن الحجاج عن الزهري بلفظ « قال : مضت السنة من لدن رســـول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا تجوز شهادة النســـاء في الحدود » (الخراج : ١٦٤) وروى معناه الامام مالك في الموطأ (موطأ مالك بشرح تنوير الحوالك : ١٠٨/٢ ـ ١٠٩ وبشرح الزرقاني : ٣٧٩/٤ـ٣٨٠) ورواه عبدالرزاق عن معمر عن الحسن والزهري قالا لا تجوز شهادة النساء في حـد ولا طلاق ولا نكاح وان كان معهن رجل وعن الحسن بن عمارة عن الحكم بـن عتيبة ان علي بن ابي طالب قال : لا تجوز شهادة النساء في الطلاق والنكـــاح والحدود والدماء ورواه عن معمر قال سمعت الزهري يحدث عن ابن المسيـــب عن عمر مثل قول علي (المصنف : ٣٢٩/٨ـ ٣٣٠ الاحاديـــث : ١٥٤٠٢ ، ١٥٤٠٥ ، ١٥٤٠٧) ورواه عن غير هؤلاء فلينظر ثمة ٠ ورواه أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال : شهادة النساء جائزة في كل شيء ما خلا الحدود والقصاص (جامع مسانيد الامام الاعظم : ٢٧٣/٢) وانظر اختلاف الفقهـــاء للطحاوي : ص١٩٦ ٠

أربعين سوطا ، على قدر القائل والذي قيل له ٠

ولا يبلغ اربعين سوطا في قول ابي حنيفة رحمه الله ٠

وقال أبو يوسف ومحمد : ما بينه وبين خمسة وسبعين سوطا على قدر القائل والذي قيل له ، لا يبلغ خمسة وسبعين سوطا ٠

وحق المسألة كتاب الحدود ٠

وقد ذكرنا طرفا منها في شرح الجامع الصغير ٠

[١٥٥٢] قال :

والتعزير ايضا يقام على صاحبه خارج المسجد ٠

لان الحد انما لا يقام في المسجد تحرزا عن تلويث المسجد ، [و] هذا المعنى موجود ههنا ٠

[الاقرار في الحدود]

[١٥٥٣] ـ قال :

وان أقر رجل بالسرقة مرة واحدة ٠٠٠

الحدود[١٩٩] على ثلاثة اقسام :

قسم يجب بالاقرار مرة ، وهو حد القذف والقصاص بالاجماع ٠

وقسم لا يجب بالاقرار مرة ، وهو حد الزنى

وقسم اختلفوا فيه ، وهو حد السرقة ، وحد الشرب[٢٠٠]،

قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله : يجب بالاقرار مرة ٠

وقال أبو يوسف رحمه الله : لا يجب ، ما لم يقر مرتين في موطنين ٠

---

(١٩٩) ف : والحدود ٠ بس : فالحدود ٠

(٢٠٠) ل : وحد شرب الخمر ٠

وحق المسألة كتاب السرقة •

[حـــد الشـــرب]

[١٥٥٤] قال :

وحد الخمر ثمانون جلدة [للحر] ، وللعبد اربعون جلدة •

لان حد الخمر كان في زمن ابي بكر رضي الله عنه اربعين ، وكذلك في صدر خلافة عمر رضي الله عنه ، ثـم اجتمعت[٢٠١] الصحابة رضي الله عنهم ان حد الخمر ثمانون[٢٠٢] •

---

(٢٠١) هـ : اجمعت •

(٢٠٢) قوله : لان حد الخمر كان في زمن ابي بكر رضي الله عنه اربعين وكذلك في صدر خلافة عمر رضي الله عنه ثم اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم ان حد الخمر ثمانون • قلت : فيه احاديث فقد روى البخاري في الحدود مـــن صحيحه : حدثنا مكي بن ابراهيم عن الجعيد عن يزيد بن خصيفة عن السائب ابن يزيد قال : كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وســلم وامرة أبى بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا وارديتنا ، حتى كان آخر امرة عمر فجلد اربعين حتى اذا عقوا وفسقوا جلد ثمانـــــين (صحيح البخاري ــ كتاب الحدود ــ ٤/١١٦) وروى مسلم في الحـــــدود ن صحيحه عن محمد بن المثنى حدثنا معاذ بن هشام حدثني ابي عن قتادة عن نس بن مالك ان نبي الله صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال، ثم جلد أبو بكر اربعين فلما كان عمر ودنا الناس من الريف والقرى قال : ما ترون في جلد الخمر ؟ فقال عبدالرحمن بن عوف : ارى ان تجعلها كأخـــف الحدود قال فجلد عمر ثمانين (صحيح مسلم : كتـــاب الحدود : ٣/١٣٣١ باب رقم ٨ حديث رقم ١٧٠٦ بتسلسل ٣٦ من احاديث الحدود) وما رواه مالك في الموطأ عن ثور بن زيد الديلي ان عمر بن الخطاب استشار في الخمـــر يشربها الرجل ، فقال له علي بن ابي طالب نرى ان نجلده ثمانين ؛ فانه اذا شـــرب سكر واذا سكر هذى ، واذا هذى افترى ، أو كما قال فجلد عمر في الخمـــر ثمانين (موطأ مالك بشرح تنوير الحوالك ــ كتاب الاشربة : ٢/١٧٨) وانظر ←

[لا تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود]

[١٥٥٥] قال :

ولا تقبل شهادة في شيء من الحدود ·

لانه تمكن(٢٠٣)فيها تهمة زائدة ·

[لا يقام الحد على الحامل حتى تضع طفلها]

[١٥٥٦] قال :

ولو أن امرأة حاملا آقرت عند القاضي بالزنى(٢٠٤) أربع

(موطأ مالك بشرح الزرقاني : ١٢٣/٥) وانظر موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني : (ص ٢٤٧ رقم الحديث ٧١٠) ورواه عن مالك الامام الشافعي باسناده ولفظه (الام : ١٧٧/٦) وانظر مختصر المزني من كلام الشافعي (على هامش الام : ١٧٤/٥) وانظر مسند الامام الشافعي (على هامش الام : ٢٣١/٦) وروى الشافعي عن سفيان عن معمر عن الزهري عن عبدالرحمن ابن ازهر قال : اتى النبي صلى الله عليه وسلم بشارب فقال اضربوه فضربوه بالايدي والنعال واطراف الثياب وحثوا عليه التراب ثم قال : بكتوه ، فبكتوه ثم ارسله قال : فلما كان ابو بكر رضي الله عنه سأل من حضر ذلك المضروب فقومه اربعين فضرب ابو بكر في الخمر اربعين حياته ثم عمر حتى تتابع الناس في الخمر فاستشار فضرب ثمانين (الام : ١٧٧/٦) والمسند : ٢٣١/٦ ، مختصر المزني ١٧٤/٥) وبكتوه يعني قرعوه (المجرد للغة الحديث بكت ٢٠٢/١) وانظر (غريب الحديث لابن قتيبة : ٣٢٣/٢) ورواه كل من الحاكم في المستدرك : ٣٧٥/٤ ، والدار قطني في السنن (ط الهند : ٣٥٤) وعبدالرزاق في المصنف (٣٧٧/٧ ـ ٣٧٩ رقم ١٣٥٤٠ وما بعده) وانظر بشأنه تلخيص الحبير : (٧٥/٤ ـ ٧٦ رقم ١٧٩٥) ونصب الراية : (٣٥١/٣ـ٣٥٢) والدراية : (١٠٥/٢ رقم ٦٧٢) ·

(٢٠٣) قوله (تمكن) تكرر في ك مرتين · وفي س : لانه تمكن فيها شبهة زيادة ·

(٢٠٤) كل : بحد بالزنى · ف : حد الزنى · س : بحد الزنى ·

مرات ، في اربعة[205] مواطن ، فان القاضي لا يحبسها [١٣٢/ب]، ولكنه يخلي عنها . حتى تضع حملها . فان عادت اليه بعدما وضعت حملها اقام الحد عليها ، اذا كان للولد من يرضعه[206] .

لان الحبس كان[207] لخوف الهرب ، ولو هربت لكان الهرب دليل الرجوع . ولو رجعت لصح رجوعها فلا تحبس .

فرق بين هذا وبين ما اذا ثبت الزنى عليها بالبينة ، فانها تحبس ، الى أن تضع ما في بطنها .

هكذا ذكر في آخر الباب .

والفرق : ان الحبس كان لخوف الهرب ، والهرب دليل الرجوع ، وثمة[208] لو رجعت لصح[209] رجوعها ، وههنا لا يصح فلا بد من الحبس ليتمكن[210] القاضي من اقامة الحد عند وضع الحمل .

فاذا وضعت الحمل في الوجهين جميعا : ان كان الحد جلدا ينتظر الامام طهارتها عن النفاس ، وان كان رجما ، فهذا على وجهين :

أما ان كان للولد من يرضعه ، ويقوم بمصالحه .

أو لم يكن .

---

(٢٠٥) ك : اربع .
(٢٠٦) س : للولد مرضعة .
(٢٠٧) س : يكون .
(٢٠٨) سك : ثمة ولو رجعت (بزيادة واو) .
(٢٠٩) فك : يصح .
(٢١٠) ب : حتى يتمكن .

ففي الوجه الاول : يرجمها ٠

وفي الوجه الثاني : ينتظر فطام الولد ٠

هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالغامدية(٢١١) ، حين اعترفت بالزنى وهي حامل(٢١٢) ٠

---

(٢١١) الغامدية . قال النووي : المرأة الغامدية التي زنت اسمها سبيعة، وقيل أبية ، ذكرهما الخطيب (تهذيب الاسماء واللغات : ١/٢/٢٧٣ رقم ٨٢٣) وهي عند ابن حجر وابن الاثير : سبيعة القرشية غير منسوبة (الاصابة : ٤/٣١٨ رقم ٥٢٥) و (اسد الغابة : ٧/١٣٨ رقم ٦٩٧٣) وخبرها مشهور في كتب التخريج ، وهي لديهم من (غامد) مرة (سنن أبي داود ٤/١٥٢ رقم ٤٤٤٢) ، ومن جهينة) مرة اخرى (سنن الترمذي : ٢/٤٤٥ رقم ١٤٦٢) ومن (بارق) مرة ثالثة ، ونقل ابو داود عن الغساني قوله : جهينة ، وغامد ، وبارق ، واحد (سنن ابن داود ٤/١٥٢ رقم ٤٤٤٣) وانظر كتب التخريج

(٢١٢) قوله : هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالغامدية حين اعترفت بالزنى وهي حامل رواه ابو داود في الحدود من سننه عن ابراهيم بن موسى الرازي ، اخبرنا عيسى بن يونس ، عن بشير بن المهاجر ، ثنا عبدالله ابن بريدة عن ابيه ، أن امرأة ـ يعني من غامد ـ أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : اني قد فجرت ، فقال : «ارجعي» فرجعت ، فلما كان الغد اتته فقالت : لعلك أن تردني كما رددت ماعز بن مالك ، فوالله اني لحبلى ، فقال لها : «ارجعي» فرجعت ، فلما كان الغد أتته ، فقال لها : « ارجعي حتى تلدي » فرجعت ، فلما ولدت أتته بالصبي فقالت : هذا قد ولدته ، فقال لها « ارجعي فارضعيه حتى تفطميه » فجاءت به وقد فطمته ، وفي يده شيء يأكله فامر بالصبي فدفع الى رجل من المسلمين وامر بها فحفر لها وامر بها فرجمت ، وكان خالد فيمن يرجمها فرجمها بحجر فوقعت قطرة من دمها على وجنته فسبها فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « مهلا يا خالد فو الذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له » وامر بها فصلى عليها ودفنت (سنن ابي داود : ٤/١٥٢ رقم الحديث ٤٤٤٢) ورواه باسناد آخر عن

←

وكان ذلك محمولا على انه لم يكن[٢١٣] هناك اخرى ترضع الولد وتقوم بمصالح الولد .

وهذا التقادم لا يمنع الاقامة ،

لانه كان بعذر .

والله تعالى اعلم



ابي بكرة (نفس الموضع رقم ٤٤٤٣) ورواه الترمذي عن الحسن بن علي ، حدثنا عبدالرزاق ، حدثنا معمر ، عن يحيى بن ابي كثير ، عن ابي قلابة ، عن ابي المهلب ، عن عمران بن حصين ان امرأة من جهينة ، اعترفت عند النبي صلى الله عليه وسلم بالزنى وقالت انا حبلى فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وليها فقال : « احسن اليها فاذا وضعت حملها فاخبرني ففعل ... وفيه ثم صلى عليها فقال له عمر بن الخطاب يا رسول الله رجمتها ثم تصلي عليها ؟ فقال : « لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة وسعتهم ، وهل وجدت شيئا أفضل من أن جادت بنفسها لله » وهذا حديث صحيح (سنن الترمذي : الحدود : ٢/٤٤٥-٤٤٦ رقم ١٤٦٣ وقد روى الحديث الاول جمع من المحدثين كالنسائي ومسلم والبزار والامام احمد من طريق عبدالرحمن بن ابي بكرة عن ابيه مطولا ومختصرا وغيرهم (نصب الراية : ٣/٣٢٠ والدراية : ٢/٩٧ رقم ٦٤٧) وانظر مسند الامام احمد : (٥/٤٢-٤٣) تلخيص الحبير : (٢/١١٧ ضمن الحديث رقم ٧٥٩) .

(٢١٣) س : على انه لم يكن هناك من يقوم بالولد .

الباب الخامس عشر والمائة

في الرجوع عن الشهادات[1]

[١٥٥٧] ذكر عن الشعبي في شاهدين[2] شهدا على رجل انه طلق امرأته ، ففرق القاضي بينهما ، ثم ان احدهما رجع عن شهادته ، وتزوج الآخر المرأة ، قال الشعبي : هذا حكم لا يرد[3] ٠

يريد بهذا[4] : أن رجوع الشاهد بعد القضاء لا يكون معتبرا ٠

[١٥٥٨] ذكر عن الشعبي : أن رجلين أتيا عليا رضي الله عنه برجل ، فشهدا عليه انه سرق فقطع [٣٢٣آ] علي رضي الله عنه يده ، ثم جاءا بعد ذلك بآخر[5] ، وقالا : غلطنا في الاول ، انما كان هذا الذي سرق ، فابطل علي رضي الله عنه شهادتهما على[6]

---

(١) ف‍ه‍ : عن الشهادة ٠

(٢) ك : في الشاهدين ٠

(٣) قوله : ذكر عن الشعبي في شاهدين شهدا على رجل انه طلق امرأته ففرق القاضي بينهما ثم ان احدهما رجع عن شهادته وتزوج الآخر المرأة قال الشعبي : هذا حكم لا يرد رواه الامام عبدالرزاق الصنعاني عن هشيم قال : اخبرني يزيد بن زادويه : انه سمع الشعبي يسأل عن الرجل يشهد عليه رجلان انه طلق امرأته ففرق بينهما بشهادتهما ، ثم تزوجها احد الشاهدين بعدما انقضت عدتها ، ثم يرجع الشاهد الآخر ، فقال الشعبي : لا يلتفت الى رجوعه اذا مضى الحكم ٠ (المصنف : ٨/٣٥٣ رقم ١٥٥١٤) ٠ وانظر الخبر في المبسوط : (١٦/١٨٠) ٠

(٤) ه‍ : يريد به ٠ وقد سقطت من ص ٠

(٥) س : جاء بعد ذلك آخران ٠

(٦) س : على الثاني ٠

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الآخر وضمنهما دية الاول ، وقال : لو علمت انكما تعمدتمـــا لقطعت ايديكما[٧] ·

لم يصح رجوعهما بعد القضاء في حق امكان[٨] القضاء ·

ثم ذكر صاحب الكتاب : وضمنهما دية الاول ·

وقد افتتح محمد[٩] رحمه الله كتاب الرجوع عن الشهادة

---

(٧) قول الشعبي : ان رجلين اتيا عليا رضي الله عنه برجل فشـهدا عليه أنه سرق فقطع علي رضي الله عنه يده ثم جاءا بعد ذلك بآخـر وقالا : غلطنا في الاول ··· الى آخر الحديث رواه البيهقي في باب الرجوع عن الشهادة من كتاب الشهادات في السنن الكبرى عن ابي سعيد الصيرفي ثنا ابو العباس الاصم ، ثنا الربيع ، قال : قال الشافعي عن سفيان (ح واخبرنا) ابو عبدالله الحافظ ، أنبأ أبو الوليد الفقيه ، ثنا محمد بن اسحق ، ثنا علي بن حجر ، ثنا هشيم جميعا عن مطرف عن الشعبي أن رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع علي يده ، ثم جاءا بآخر فقالا : هذا هو السارق لا الاول، فأغرم علي رضي الله عنه الشاهدين دية يد المقطوع الاول ، وقال : لو أعلـم أنكما تعمدتما لقطعت ايديكما ، ولم يقطع الثاني ـ لفظ حديث هشيم وفي رواية سفيان عن مطرف : فقالا : واخطأنا على الاول ـ (السنن الكبرى : ١٠/٢٥١)، ورواه محمد بن الحسن الشيباني عنه ايضا وقد شرحه السرخسي كما سيشير الشارح الآن · واورده الطحاوي في اختلاف الفقهاء من رواية مطرف عن الشعبي ان رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة ثم اتيا بآخـــر فقالا : اخطأنا انما هو هذا ، فقال علي رضي الله عنه : لا اجيز شهادتكما على هذا واضمنكما دية داك ولو اعلمكما انكما فعلتما ذلك عمدا قطعت ايديكمـا (اختلاف الفقهاء : ٢١٦) ، ورواه الامام الشافعي عن سفيان عن مطرف عـــن الشعبي (الام : ٧/٤٩) ·

(٨) ب س هـ : في حق ابطال القضاء ·

(٩) قوله : (وقد افتتح محمد رحمه الله كتاب الرجوع عن الشهادة بهذا الحديث ، وذكر ثمة : واغرمكما دية الاول) قلت محمد هو ابن الحسن الشيباني ، افتتح كتاب الرجوع عن الشهادة من كتابه المبسوط الذي اختصره الحاكم الشهيد وقام السرخسي بشرحه في مبسوطه والعبارة كمـــا وردت في مبسوط السرخسي كالآتي :

بهذا الحديث ، وذكر ثمة : واغر مكما دية الاول •

فكانت الدية المذكورة ههنا محتملة : تحتمل دية اليد : بان اقتصر القطع ، وتحتمل دية النفس ؛ بان سرى القطع ، لكن لما نص محمد ثمة على دية اليد علم آن المراد ههنا دية اليد •

[١٥٥٩] وذكر عن الحسن في اربعة شهود شهدوا على رجل بالزنى ، فرجم ثم رجع احدهم ، قال : يقتل الراجع[١٠] ، ويضرب الثلاثة الحد ، ويغرمون ثلاثة ارباع الدية[١١] •

وبهذا الحديث أخذ الشافعي رحمه الله حتى قال : ان شهود

والاصل فيه ـ أي الرجوع عن الشهادة ـ الحديث الذي بدأ الكتاب به ورواه عن الشعبي رحمه الله آن رجلين شهدا عند علي بن أبي طالب رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ، ثم اتيا بعد ذلك بآخر ، فقالا : وهمنا ، انما السارق هذا ، فقال علي رضي الله عنه لهما : لا اصدقكما على هذا الآخر واضمنكما دية يد الاول ، ولو اني اعلمكما فعلتما ذلك عمدا قطعت ايديكما•••» (المبسوط للسرخسي : ١٧٨/١٦) •

(١٠) ل : يقتل الرابع • س : يقبل الرجوع •

(١١) قوله:وذكر عنالحسن في اربعة شهود سهدوا على رجل بالزنى فرجم ثم رجع احدهم ••• الخ روى البيهقي شيئا يماثل ذلك عن ابي عبدالله الحافظ انبا ابو الوليد ثنا جعفر بن محمد عن يحيى بن يحيى عن هشيم عن منصور عن الحسن قال : اذا شهد شاهدان على قتل ثم قتل القاتل ثم يرجع احد الشاهدين قتل (قال السيخ) وهذا فيه اذا قال عمدت أن اشهد عليه ليقتل والاول في الخطأ (يعني حديث علي مع الشاهدين اللذين شهدا في السرقة على رجل الذي مر الآن •• (السنن الكبرى : ٢٥١/١٠) وانظر حول رأي الحسن : المحلى لابن حزم : ٤٢٩/٩ ، واختلاف الفقهاء للطحاوي : ٢١٥ـ٢١٦ وقابل ذلك بما ذكره في ص ١٦١ـ١٦٢ وهو عنده في الموضعين الحسن بن حي •

وحول هذا الموضوع رتب الامام محمد بن الحسن الشيباني مسائل كثيرة في الرجوع عن الشهادات في كتابه الاصل (طبعة الهند جـ٤ قسم٢ ص : ٥٤٦ ـ ٥٥٠) فلننظر هناك •

القصاص والرجم اذا رجعوا يقتلون[12] ·

ولسنا ناخذ بهذا الحديث· فان[13] الشاهد اذا رجع لا يقتل عندنا ·

وهذا اذا قال الراجع : تعمدت · اما اذا قال : اشتبه علي [فانه][14] لا يقتل[15] بالاتفاق ·

وحق المسألة كتاب الديات ·

ثم اذا لم يقتل[16] الراجع عندنا ، يضرب الحد ، ويغـــرم ربع الدية · واما الثلاثة فلا يحدون[17] ·

وحق المسألة كتاب الحدود ·

[١٥٦٠] وذكر بعد هذا آثارا كلها تشهد أنه اذا رجع واحد من شهود الزنى وهم اربعة بعد الرجم انه يغرم ربع الدية ·

وبه نأخذ ·

واذا غرم الراجع ربع الدية فهل[18] يعزر ؟

---

(١٢) س : يقبلون (وهو تصحيف) · وحول قول الشافعي انظـــر كتاب الام : ٧/٥٠ واختلاف الفقهاء للطحاوي : ٢١٦ ، وقابل ذلك بما ذكره ص١٦٢ ·

(١٣) فـجم : لان الشاهد ·

(١٤) الزيادة من ل ·

(١٥) س : لا يقبل (وهو تصحيف) ·

(١٦) س : لا يقبل (وهو تصحيف ايضا) ·

(١٧) العبارة مبتدئة بقوله : (وحق المسألة كتاب الديات ···) الى هنا سقطت من فـجم ·

(١٨) ك : هل ·

يريد به الضرب •

عند ابي حنيفة رحمه الله : لا [يعزر][19] •

وعندهما : يعزر •

وأصل[20] المسألة على أن شاهد الزور [٣٢٣ب] هل يعزر ؟

عند ابي حنيفة رحمه الله : لا [يعزر][21] •

وعندهما : يعزر •

وحق المسألة كتاب الشـــهادات وكتاب الرجـــوع عـــن الشهادات[22] •

[١٥٦١] قال احمد بن عمرو [صاحب الكتاب] :

قال اصحابنا : ولو أن شاهدين شهدا لرجل بمال على[23] رجل ، فقضى به القاضي عليه ، ثم رجعا عن شهادتهما ، لم يرد الحاكم ذلك ، لكن االقاضي يغرم الشاهدين المال الذي حكم به على المشهود عليه ، ويدفعه الى المشهود عليه •

اما عدم انتقاض القضاء ، فلأ رجوعهما بعد القضاء لم[24] يصح في حق ابطال القضاء •

---

(١٩) الزيادة من ل •

(٢٠) كف : دلت المسألة • هبل : ولقب المسألة ان شاهد الزور •• والتصحيح من س ص •

(٢١) الزيادة من ل •

(٢٢) قوله (وكتاب الرجوع عن الشهادات) ليس في نسخة ب •

(٢٣) هـ : على آخر •

(٢٤) هـ : لا يصح في ابطال •

وأما ضمانها ، فلأنهما [نقلا][٢٥] ملكه عنه الى غيره بقولهما بغير حق بزعمهما ، ولو نقلاه بيدهما ضمنا ، كذا هذا ·

[١٥٦٢ قال :

وان كانا رجعا قبل أن يحكم الحاكم بشهادتهما فالشهادة باطلة ·

لان الشهادة انما تصير حجة عند اتصال القضاء بها ، وقبل[٢٦] اتصال القضاء بها لم تكن حجة ، فصح[٢٧] الرجوع مطلقا ، فظهر كذب الشهود مطلقا ·

هذا اذا رجعا ·

اما اذا رجع احدهما ففي الوجه الاول يغرم[٢٨] الراجع نصف ذلك المال ·

لان الثابت بشهادته[٢٩] نصف الحق ، فعند الرجوع ظهر أنه نقل نصف ملكه الى غيره بغير حق ، فيضمن ذلك القدر ·

وفي الوجه الثاني بطلت شهادته ، وكانت شهادة الآخر على حالها ·

هذا اذا شهد اثنان ·

وان شهد جماعة ، فرجع القوم جميعا بعد القضاء الا اثنين ، فليس على[٣٠] من رجع منهم شيء ·

---

(٢٥) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن النسخ الاخرى ·
(٢٦) س : قتبل اتصال القضاء · وقد سقطت هذه العبارة من ف ·
(٢٧) كف : تصح ·
(٢٨) فك : غرم ·
(٢٩) س : بشهادة الآخر ·
(٣٠) فك : عن كل من رجع · س : على الراجعين شيء ·

لانه بقي من يثبت بشهادته[٣١] جميع الحق ، فلا يظهر ان الذين رجعوا نقلوا شيئا من ملكه ٠

فان رجعوا جميعا الا واحدا ، فعلى الراجعين[٣٢] جميعا نصف المال ٠

لانه بقي من يثبت بشهادته نصف[٣٣] الحق ، فلا يظهر[٣٤] أن الذين رجعوا نقلوا شيئا من ملكه الا [٣٢٤آ] نصفه ٠

وكذا الرجوع عن الشهادة في سائر[٣٥] الاموال والعقارات تجب على الشاهد اذا رجع عن الشهادة ما ألزم المشهود عليه بشهادته ٠

[١٥٦٣] قال :

وان[٣٦] شهد رجل وامرأتان على رجل بحق ، فقضى القاضي به ، ثم رجعت امرأة عن الشهادة . فعليها ربع المال ٠
لانه بقي من يثبت بشهادته ثلاثة ارباع المال[٣٧] ٠

[١٥٦٤] قال :

وان شهد رجل وعشر نسوة[٣٨] على رجل بحق فقضى القاضي

---

(٣١) س : بشهادته الحق جميعه ٠ ص : شهادته ٠
(٣٢) س : فعلى الراجعين باسرهم نصف ٠٠٠
(٣٣) س ل : نصف المال ٠
(٣٤) ك : فلا تهمة ان الذين ٠٠٠ والتصحيح من النسخ الاخرى ٠
(٣٥) ف : في جميع الاموال ٠
(٣٦) ب ص س ل : ولو شهد ٠
(٣٧) ب : ثلاثة ارباع الحق ٠
(٣٨) قوله (وعشر نسوة) ليس في هـ ٠

بالحق ، ثم رجع ثماني نسوة ، فلا شيء عليهن ٠

لانه بقى من يثبت بشهادته جميع الحق ٠

فان رجعت امرأة اخرى ، فعلى[٣٦] النسوة اللاتي رجعن ربع الحق ٠

لانه بقي[٤٠] من يثبت بشهادته ثلاثة ارباع الحق ٠

[١٥٦٥] قال :

فان رجع النسوة جميعا ، كان عليهن النصف ٠

لما قلنا ٠

[١٥٦٦] قال :

وان رجع الرجل والنسوة جميعا ، كان على الرجل سدس المال ، وعلى النساء[٤١] خمسة اسداسه ٠

وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله ٠

وقالا[٤٢]: على النسوة النصف ، وعلى الرجل النصف ٠

وحق المسألة كتاب الرجوع عن الشهادات ٠

[١٥٦٧] قال :

وان رجع الرجل وثماني نسوة عن الشهادة ، فعلى[٤٣] الرجل

---

(٣٩) س : فعلى الراجعات ربع الحق ٠

(٤٠) هـ : لانه ليس من يثبت (وهو تصحيف) ٠

(٤١) فـ ص : وعلى النسوة ٠

(٤٢) هـ ل : وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ٠

(٤٣) ف : فعلى الراجع ٠

نصف الحق ، ولا شيء على النسوة ، وان كثرن[٤٤] .

لانهن يقمن مقام رجل واحد ، وقد بقي[٤٥] من النساء من يثبت بشهادتهما نصف الحق ، فتجعل[٤٦] اللاتي رجعن كأنهن لم يشهدن .

والله تعالى اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(٤٤) ب : ولا شيء على النسوة لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ...

(٤٥) ب : ولو بقي .

(٤٦) ل : فيمثل .

الباب السادس عشر والمائـة

في[1]الشهادة على الحقوق

[١٥٦٨] قال :

ولو أن رجلا أقام شاهدين على رجل ، أن له ولفلان الغائب على هذا الرجل الف درهم ، وأتى بصك باسمه ، وباسم الغائب على هذا المدعى عليه [٢٢٤ب] بذلك المال ، وعدل الشهود ، فان على قول ابي حنيفة رحمه الله تقبل[2] هذه البينة في نصيب الحاضر خاصة ، ويقضى بنصف المال ، فاذا[3] قدم الغائب كلفه اعادة البينة ، فان احضرهم ، وشهدوا له ، حكمت له ، والا فلا •

وقال ابو يوسف رحمه الله : تقبل البينة في نصيب الحاضر والغائب •

وقول محمد رحمه الله مثل قول ابي حنيفة •

وذكر[4] هذه المسألة في المبسوط ، وقال :

لا تقبل في نصيب الغائب ، ولم يحك خلافا ، وانما عرف الخلاف في هذه[5] وهي دعوى الدين من صاحب الكتاب

---

(١) ب‌ك‌ل‌هـ : باب من الشهادة •••

(٢) ب : يقبل هذه الشهود في تصيب •••

(٣) ل : فاذا جاء الغائب •••

(٤) ل : وقد ذكر •

(٥) ب : في هذه المسالة •

وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء[٦] ، اذا ادعى انه وفلانا الغائب اشتريا منه هذه الدار بالف درهم ٠

وكذا الصلح ، وجميع العقود حتى قالوا : الوصية على هذا الخلاف ، وهو أن الرجل اذا اقام البينة على رجل ان مورثه اوصى[٧] له بثلث ماله ولفلان الغائب ٠

وحق المسألة في المبسوط ٠

ثم فرع في الكتاب فقال :

على قول ابي حنيفة رحمه الله : لما لم تقبل بينته في حق الغائب ، ففي دعوى العين[٨] لا ينتزع[٩] نصيب الغائب من يد[١٠] المدعى عليه ٠

وعلى قول ابي يوسف رحمه الله : لما قبلت ، ففي دعوى الدين لا يؤخذ نصيب الغائب ، واما في دعوى العين فينتزع[١١] ويوضع على يدي عدل ٠

واختلف المشايخ فيه ٠

منهم من قال : هذا أصله ، اذا[١٢] وصل الثمن الى البائع ، واما اذا لم يصل فلا ينتزع[١٣] نصيب الغائب ٠

---

(٦) ك : دعوى المشتري ٠

(٧) ف : انه اوصى لورثة زيد ٠ هـسك : انه اوصى مورثه بثلث ماله ولفلان ٠

(٨) ب : ففي دعوى الدين لا يؤخذ نصيب ٠٠٠

(٩) هـكف : ينزع ٠

(١٠) ف : بيد ٠

(١١) هـكف : ينزع ٠

(١٢) ب : اذ لو وصل ٠

(١٣) فك : لا ينزع ٠

واكثرهم قالوا : لا[١٤] بل ينتزع ؛ لان هذا ليس بدفع الى المشتري ، بل وضعا[١٥] على يدي عدل ، وتكون يد العدل[١٦] في حق الحبس كيد البائع ، فجاز أن ينتزع ، لكن لا يقسم حتى يحضر الغائب ؛ لان الغائب اذا حضر [٣٢٥آ] ربما يدعي رد الشراء اما بسبب الاقالة او بسبب آخر ، فيحتاج الى رد النصف الى البائع ، فيحتاج الى نقض القسمة ٠

هذا اذا كانت الدعوى في الشراء ، أو في الصلح[١٧]، أو في الوصية ٠

فان [كانت] الدعوى[١٨] في الرهن فكذلك [عند ابي يوسف رحمه الله][١٩] ٠

وعند ابي حنيفة ومحمد[٢٠] رحمهما الله لا تسمع دعواه ، ولا[٢١] تقبل بينته ٠

لانها[٢٢] لو سمعت وقبلت ، انما تسمع وتقبل في حق الحاضر ، فيصير رهنا مشاعا ، ورهن المشاع لا يجوز ٠

---

(١٤) ل : لا ينتزع ٠

(١٥) لهـ : وضع ٠ ف : يوضع ٠ س : الوضع ٠

(١٦) هـ : ويكون هذا العدل في حق الحبس ليد البائع (كذا وهو تصحيف) ٠

(١٧) ب : هذا اذا كانت الدعوى في الشراء لا في الصلح ولا في الوصية ٠

(١٨) س : دعواه ٠

(١٩) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن بقية النسخ ٠

(٢٠) قوله : (ومحمد) ليس في س ٠

(٢١) ل : فلا ٠

(٢٢) فـهـ : لانه لو سمع ٠ ل : لانه لو سمعت دعواه ٠

وان كانت[٢٣] الدعوى في الصدقة والهبة ، فهذا علــــى وجهــين :

اما ان كان الشيء[٢٤] غير محتمل القسمة ٠

او محتمل القسمة ٠

ففي الوجه الاول : المسألة كمسألة الشراء[٢٥] ٠

وفي الوجه الثاني : كمسألة الرهن ٠

[١٥٦٩] قال :

ولو أقام الحاضر البينة انه وحده اشترى من هذا الرجل ومن فلان الغائب هذه الدار ، أو العبد ، أو الارض ، أو الامة ، وعدل الشهود ، فان القاضي لا يقضي في قول ابي حنيفة وابـي يوسف رحمهما الله الا على الحاضر في حصته ، ولا يقضى بنصيب الغائب اذا[٢٦] كان الحاضر مقرا بنصيب الغائب ، [بأن][٢٧] كانت الدار ميراثا ، أو شراء في ايديهما فهو سواء ٠

فابو حنيفة رحمه الله سوى بين هذه المسألة وبــين المسألة الاولى ٠

وابو يوسف فرّق ٠

والفرق : ان في المسألة الاولى القضاء للحاضر بنصيبه يتعدى الى نصيب الغائب ؛ لانه اذا حضر الغائب كان له أن يأخذ منـه

---

(٢٣) هـكب : كان ٠
(٢٤) ل : اما ان كان الشيء محتملا للقسمة او غير محتمل للقسمة ٠
(٢٥) ل : كمسألة المشتري ٠
(٢٦) ف : الا اذا كان ٠٠٠
(٢٧) الزيادة من فـجم ٠ وفي ل : سواء كانت الدار ٠٠٠

نصف ما أخذ الحاضر ، فلهذا لا يقتصر[٢٨] القضاء على نصيب الحاضر ، وهذا المعنى معدوم ههنا •

[١٥٧٠] قال :

فان جحد الحاضر نصيب الغائب ، فاقام المشتري البينة أنه اشتراها من الحاضر والغائب جميعا بكذا وكذا درهما [٣٢٥ب] ونقده[٢٩] الثمن ، فانه يقضى له بالدار كلها •

لان الحاضر لما ادعى[٣٠] لنفسه صار خصما في الكل ، بخلاف المسألة الاولى ؛ لانه لما أقر بالشركة لم يصر خصما في الكل[٣١] •

واستدل في الكتاب لبيان أنه يجوز أن يدعي البيع على[٣٢] غير ذي اليد ، ويقضى على ذي اليد ، فقال :

هو كرجل في يده دار يدعيها لنفسه ، واقام رجل البينة أنه اشتراها من فلان الغائب بكذا وكذا ، ونقده الثمن ، وسلم هذا الذي في يده المبيع ، فانه يقضى على الذي هي في يديه بالدار[٣٣] كلها ، فكذا ههنا ، جاز أن يكون كذلك •

[١٥٧٠] قال :

ولو[٣٤] كان الذي في يديه [الدار][٣٥] مقرا بانها للغائب ،

---

(٢٨) ل : لا يقبض القضاء (وهو تصحيف) •
(٢٩) س : ونقد الثمن •
(٣٠) ب : ادعاها •
(٣١) العبارة : (لان الحاضر لما ادعى لنفسه •••) الى هنا ليست في ص •
(٣٢) ل : على ذي اليد •
(٣٣) فل : الدار •
(٣٤) ل : ولو أن الذي كان في يديه •••
(٣٥) الزيادة من س •

ولم يقر بالبيع[٣٦] ، فلا خصومة بينهما ٠

لان المدعي لما ادعى شراء الكل من الغائب ، وذو اليد أقـــر أنها للغائب ، فقد اتفقا أنـــه[٣٧] ليس بخصم ، فلا يكون بينهما خصومة ٠

[١٥٧١] قال :

ولو أقام البينة على صدقة من هذا الحاضر والغائب ، أو على هبة منهما[٣٨] وعلى[٣٩] القبض ، أو على رهن منهما ، وعـــلى القبض ، والدار في يدي هذا الحاضر ، فان هذا في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في الرهن ٠

لانه لما لم يسمع البينة على الغائب بقي هذا رهن المشاع[٤٠] ٠

واما في الصدقة والهبة ، فان[٤١] كان شيئا[٤٢] يحتمـــل القسمة كالدار والارض فكذلك ، وان[٤٣] كانت لا تحتمـــل القسمة كالعبد والامة ، فتقبل[٤٤] في نصيب الحاضر ٠

واما على قول ابي يوسف رحمه الله في الرهن فكذلك وفي[٤٥]

---

(٣٦) س : بالمبيع ٠
(٣٧) ل : انه ليس هو الخصم ٠
(٣٨) س بينهما ٠ وقد سقطت من فـجم ٠
(٣٩) ف : وعلى (بالواو) ٠
(٤٠) ب : الشائع ٠
(٤١) سفـك : ان (بسقوط القاء) ٠
(٤٢) س : ان كان شيء ٠
(٤٣) س : وان كان مما لا يحتمل ٠
(٤٤) كف : تقبل ٠
(٤٥) فـجص : في (بسقوط الواو) ٠

الصدقة والهبة ان كانت[٤٦] تحتمل القسمة ، فقد ذكر صاحب الكتاب أنه يقضى بنصف الدار غير مقسوم •

وهذا يدل على [أن][٤٧] الشيوع لا يمنع صحة الصدقة والهبة • وهذا خلاف مذهب ابي يوسف رحمه الله •

اما اذا كانت[٤٨] لا تحتمل القسمة [٣٢٦آ] فالجواب كما قال ابو حنيفة •

[١٥٧٢] قال :

ولو ادعى رجل على رجلين مالا في صك ، وأحدهما حاضر ، وجحد[٤٩]، والآخر غائب ، فاقام البينة على ذلك[٥٠] ، فان ابا حنيفة رحمه الله قال : أقضي[٥١] بالمال على الشاهد[٥٢] والغائب •

وعلى قياس المسائل المتقدمة ينبغي ان يقضى على الشاهد ولا يقضى على الغائب •

لكن تشوشت الروايات[٥٣] في هذه المسائل :

فذكر[٥٤] في بعض المسائل ما يدل على أن قول ابي حنيفة

(٤٦) هـ،س،ك : كان •
(٤٧) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن سائر النسخ •
(٤٨) ف،ل : كان • س : اما اذا كان يحتمل بسقوط (لا) •
(٤٩) س : فجحد •
(٥٠) ب : بينة بذلك •
(٥١) س : يقضى •
(٥٢) ف : على الجاحد •
(٥٣) س : المرويات •
(٥٤) ف : قد ذكر • ك : وقد ذكر •

مثل قول أبي يوسف ٠

وذكر في بعضها ما يدل على آن قول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة ٠

وانما عرف هذا التشويش من صاحب الكتاب ٠

فاما المذكور في المبسوط فالجواب(٥٥) على نسق واحد :

عند ابي حنيفة(٥٦) : تقبل في حق الحاضر ولا تقبل في حق الغاىب ٠

وعند ابي يوسف : تقبل في حقهما في المسائل كلها فكان(٥٧) صاحب الكتاب لم يحك(٥٨) المذكور في المبسوط ٠

[١٥٧٣] قال :

وكذلك لو كان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه ، وكذلك لو كان الحاضر كفيلا عن الغائب ٠

يريد به [أنه](٥٩) يدعي المدعي على الحاضر أنه كفيل عن الغائب بأمره فانه(٦٠) ههنا يقضي بالمال على الشاهد(٦١) والغائب جميعا ٠

---

(٥٥) ل : فان الجواب ٠

(٥٦) من قوله : (وانما عرف هذا التشويش ٠٠٠) الى هنا ليس في س ٠

(٥٧) ل : وكان ٠

(٥٨) في حاشية ك وفي س‌ب‌ل‌هـ : لم يحفظ المذكور في المبسوط ٠ وما اثبتناه عن متن ك وعن ف‌ج‌م‌ص ٠

(٥٩) الزيادة من ل ٠

(٦٠) س‌ف : فان هنا يقضى ٠

(٦١) ف : على الجاحد والغائب ٠

وهذا قول الكل •

وهكذا ذكر في المبسوط •

لانه[٦٢] ينتصب[٦٣] الحاضر ههنا خصما عن الغائب ، فيتعدى القضاء الى الغائب •

[١٥٧٤] قال :

و[كذلك][٦٤] لو كان الحاضر أصيلا والغائب كفيلا ، فان القضاء يقتصر على الحاضر •

وهذا قول الكل •

ذكر قول ابي يوسف في الاملاء[٦٥] •

لانه لا حاجة الى التعدي ، فلا يتعدى القضاء •

[١٥٧٥] قال :

ولو[٦٦] أن شاهدين شهدا عند القاضي لرجل ، فقالا : نشهد أن قاضيا من القضاة اشهدنا انه [٣٢٦ب] قضى لهذا الرجل

---

(٦٢) س : بأنه •

(٦٣) ب : ذكر في المبسوط لا ينتصب الحاضر منهما خصما ••• وهو سهو •

(٦٤) الزيادة من سائر النسخ وقد سقطت من ك‍ه وفي ب : قال : وان كان الحاضر اصيلا والغائب كفيلا •••

(٦٥) قوله : ذكر قول ابي يوسف في الاملاء قلت : الاملاء او الامالي هو احد كتب محمد بن الحسن قال ابن النديم كتاب امالي محمد في الفقه وهي الكيسانيات (الفهرست : ٣٠٢) وقد طبع جزء منه في حيدر آباد سنة ١٣٦٠ هـ تحقيق السيد هاشم الندوي وتجد فيه رأي أبي يوسف ص٥٠ •

(٦٦) س : ولو شهد شاهدان •

على هذا الرجل بالف درهم ، أو بحق من الحقوق وسمياه[٦٧] ، أو قالا : نشهد أن قاضي الكوفة اشهدنا بذلك ، ولم يسميا[٦٨]، القاضي ، لم ينفذ القاضي هذه الشهادة ، حتى يسميا[٦٩] القاضي الذي حكم ، وينسباه •

لان القضاء عقد من العقود ، فاذا شهدا[٧٠] بعقد ولم يسميا العاقد [فانه] لا يصير معلوما ، فلا تقبل[٧١] •

وليس هذا في هذا الموضع وحده ، بل في جميع الافاعيل ، اذا شهدا على فعل ولم يسميا الفاعل ، لم تقبل

وقال محمد رحمه الله في رجل قدم رجلا الى القاضي فادعى عليه وعلى[٧٢] رجل غائب الف درهم ، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، واقام على ذلك بينة ، فانه يحكم له على الحاضر بالف درهم ، فان قدم الغائب قبل أن يؤديها الحاضر لم يأخذه الا بخمسمائة درهم •

لان الحاضر لما قضى عليه بالف درهم كان هو في نصفها اصيلا ، وفي نصفها كفيلا ، ففيما كان كفيلا كان القضاء عليه قضاء على الاصيل ، وفيما كان اصيلا لم يكن القضاء عليه قضاء على الكفيل لما قلنا من قبل •

---

(٦٧) كلهسصب : وسموه أو قالوا (بصيغة الجمع) وما اثبتناه عن فجم •

(٦٨) كلهسص : ولم يسموا وفي ب : وما سموا •

(٦٩) كلهس : حتى يسموا ••• وينسبوه • وفي ب حتى يسموا ••• ويبينوه •

(٧٠) هلكس : شهدوا ••• ولم يسموا •

(٧١) به : لا يقبل •

(٧٢) كص : أو على • ف : فادعى عليه ان له على رجل •

فاستدل في الكتاب بمسألة فقال :

الا ترى [انه][73] لو حضر رجل فقال : لي على فلان الغائب الف درهم ، وهذا كفيل بها ، وأقام بينة على ذلك ، انه يحكم له بالف درهم على الكفيل وعلى الغائب الذي عليه الاصل •

لكن هذا كله اذا كانت الكفالة بأمره •

اما اذا كانت بغير امره فلا يكون قضاء على الغائب •

وقد ذكرنا هذا الفصل في كتاب الكفالة في [شرح][74] الجامع الصغير •

ولو حضر الذي عليه الاصل،فاقام عليه بينة : أن[75] له عليه الف درهم ، وفلان الغائب كفيل بها حكم له على الحاضر بالف درهم ، ولم يكن ذلك حكما [٣٢٧آ] على الكفيل •

لما قلنا من قبل •

[١٥٧٦] قال[76] :

ولو أحضر رجلا فقال : لي على فلان الغائب الف درهم ، وهذا ورجل غائب يقال له فلان كفيلان لي بها عنه ، على أن كل واحد منهما [كفيل][77] ضامن عن صاحبه بذلك ، فانه يحكم[78] له على هذا بالف درهم • فان حضر الكفيل الغائب كان

---

(٧٣) الزيادة من لصب •
(٧٤) الزيادة من حاشية الاصل ومن بقية النسخ •
(٧٥) هـ : انه •
(٧٦) هـ : قالوا •
(٧٧) الزيادة من صفسل •
(٧٨) هل : فانه يحكم على •

ذلك حكما عليه ايضا بالالف كلها ، كما قال في الكتاب : ان الحاضر كفيل بها عن صاحبه[79] الاصيل ، وعن الكفيل الغائب بامرهما • والكفالة [كلها][80] اذا كانت بأمره فالقضاء[81] على الكفيل يكون قضاء على الاصيل ايضا •

يريد بهذا اذا ادعى أن هذا الحاضر ، وفلانا الغائب كفل[82] كل واحد منهما عن فلان بالف درهم [بامره][83]، على أن كل واحد منهما كفيل ، فاذا كان هكذا كان القضاء عليه بالف درهم بحكم الكفالة عن الكفيل الغائب بامره قضاء على الغائب •

وهذه المسألة [84] مستقصاة في[85] شرح الجامع الكبير •

والله اعلم بالصواب



(79) ك : عن صاحب الاصل •
(80) الزيادة من فـجم •
(81) كل : والقضاء • ف : بالقضاء •
(82) ب : كفيل •
(83) الزيادة من حاشية الاصل ك وقد سقطت منه ومن سائر النسخ •
(84) صب : وهذه المسائل •
(85) هـفـجم : في الجامع الكبير • والصواب ما اثبتناه عن الاصل ك وعن سائر النسخ ولان الجامع الكبير لم يستقص ذلك بل ذكر مسألة لها علاقة بذلك فانظر كتاب الجامع الكبير لمحمد بن الحسن ص١٥١ •

الباب السابع[1] عشر والمائة

في[2] الرجوع عن الشهادة على الشهادة

[١٥٧٧] قال :

ولو أن شاهدين شهدا[3] على شهادة شاهدين لرجل بحق على رجل ، فقضى له[4] القاضي ، ثم رجع الشاهدان اللذان شهدا عند القاضي عن[5] الشهادة ، ضمنهما القاضي الحق الذي كانا شهدا بـــــه •

لانهما شهدا بكلام موجب ، وهو شهادة الاولين ، والقاضي انمـــا قضى[6] بشهادتهما ، فإذا رجعا ضمنا[7] ؛ كما اذا شهدا على اقرار[8] الرجل بالمال ، ثم رجعا بعد القضاء •

[١٥٧٨] [قال] :

ولو رجع احدهما يضمن[9] النصف •

---

(١) ل : الباب السادس عشر • وهو سهو لانه ذكر الباب الذي قبله انه السادس عشر •

(٢) ك : في البراءة والشهادة • وهو سهو لان الباب التالي سيكون باب البراءة ولان باب الشهادة على الشهادة قد مر آنفا •

(٣) س : ولو أن شاهدين شهدا لرجل بحق على رجل فقضى له القاضي ثم رجع الشاهدان •

(٤) ب : فقضى به •

(٥) هـ : على الشهادة •

(٦) هـ : يقضى •

(٧) ل : ضمنهما •

(٨) س : على اقراره بالملك •

(٩) فـجم : ضمن •

لانهما لو كانا أصلين يضمن[10] الراجع النصف ، فكـــذا ههنا][11] .

[1579] قال :

وان لم يرجع هذان ، ولكن رجع المشـــهود على شهادتهما ، [فقد] ذكر في كتاب الرجوع : أن في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يضمنان ، وعلى قول محمد رحمه الله يضمنان .

وما ذكر صاحب الكتاب [327ب] أن محمدا رحمه الله روى عن[12] أصحابنا انه لا شيء عليهما .

اراد به قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا قول نفســـه .

وحق المسألة المبسوط .

وذكر صاحب الكتاب[13] وقال :

روي عن ابي يوسف في الامالي[14] عن ابي حنيفة انه قسم الجواب فقال .

ان قالا ــ يعني الاصول ــ اشهدنا هذين[15] الشاهديـــن

---

(10) فـجم : ضمن . ب : ضمنا الراجع النصف .

(11) سقطت هذه المسألة من متن الاصل ك وثبتت على حاشيته وهي موجودة في النسخ الاخرى .

(12) ب : عن الصحابة (وهو سهو) .

(13) س : وذكر صاحب الكتاب رواية ابي يوسف .

(14) قوله : الامالي : قلت هو أحد كتب ابي يوسف ، وهو أحـــد الكتب المعتبرة في فقه الحنفية (مفتاح السعادة : 2/263) وقال حاجي خليفة عنها : وهي في الفقه يقال اكثر من ثلثمائة مجلد (كشف الظنون : 1/164) .

(15) ل : اشهدنا هذين اللذين (بسقوط كلمة الشاهدين) .

اللذين شهدا عندك على هذه الشهادة ، وقد رجعنا[١٦] عنهما ضمنهما ذلك الحق ٠

لانه تحقق الرجوع ٠

وهذا موافق لقول محمد رحمه الله ٠

وان قالا : لم نشدهما على هذه الشهادة ، وقد شهد عندك الشاهدان على باطل ، لم يكن عليهما ضمان ٠

لانهما لما جحدا الاشهاد ، فقد جحدا الرجوع عن الشهادة ، فلا يضمنان[١٢] ٠

وان قال الشاهدان اللذان شهدا عند القاضي : قد اشهدنا الرجلان اللذان شهدنا على شهادتهما هذه الشهادة التي شهدنا عندك عليهما ، ولكنهما قد كذبا عندنا في هذه الشهادة ، وشهدا على الباطل ، وهذا القول بعد القضاء بشهادتهما ، فان القاضي لا يلتفت الى هذا ، ولا يلزمهما بذلك ضمانا[١٨] ٠

لانهما يشهدان على الاصلين أنهما كذبا ، فلا تسمع هذه الشهادة ، فلا يوجد منهما الرجوع ، فانهما لم يرجعا عن شهادتهما ، فلا ينقض القضاء[١٩] الذي [قضى به][٢٠] ٠

ثم قال :

وان قالا للقاضي : قد كانا اشهدانا على شهادتهما هذه ،

---

(١٦) ل : رجعا ٠

(١٧) ب : فلا ضمان ٠

(١٨) سف : ضمان ٠

(١٩) ص : فلا ينقض القاضي ٠

(٢٠) الزيادة من فجم ٠ وفي ل : الذي تم ٠

ولكنهما قد رجعا عن هذه الشهادة ، أو قالا : قد اخبرانا بانهما رجعا عن شهادتهما ، فلا ضمان عليهما في شيء من هذا •

لانهما يشهدان[٢١] على رجوع باطل • لان الرجوع عند غير القاضي لا يصح •

[١٥٨٠] قال :

وان قالا للقاضي : لم يشهدنا الرجلان على شهادتهما ، لكنا غلطنا ، أو قالا : تعمدنا [٣٢٨آ] فذلك[٢٢] سواء ، ويضمنهما القاضي ذلك الحق الذي شهدا للمشهود عليه •

لان هذا ابلغ جهات الرجوع ، فصارا متلفين •

[١٥٨١] قال :

وان رجع الشاهدان اللذان شهدا عند القاضي والمشهود[٢٣] على شهادتهما جميعا عند القاضي ، فهذا على وجهين :

اما أن قال اللذان شهدا عند القاضي : لم يشهدنا هذان على شهادتهما ، ولكنا غلطنا ، وقال الاولان : صدقا ، لم نشهدهما على هذه الشهادة ، أو قال الاولان : بل[٢٤] كنا اشهدناهما على هذه الشهادة ، وقد رجعنا ، وذلك [أنا][٢٥] قد أوهمنا فيها •

ففي الوجهين[٢٦] ليس على الشاهدين الاولين شيء ، والضمان في ذلك على الشاهدين اللذين شهدا عند القاضي •

قال في الكتاب :

---

(٢١) هـ : شهدا •
(٢٢) ف : بذلك سواء قبضهما ••• (كذا) •
(٢٣) س : والشهود •
(٢٤) ب : بل اشهدناهما •
(٢٥) الزيادة من ل •
(٢٦) س : ففي الوجه الاول •

لان الحكم كان من الحاكم بشهادتهما ، اما في الوجه الاول ، فلا يشك[٢٧] ، لانهم اتفقوا [على][٢٨] أن الحكم من الحاكم كان بشهادتهما . واما في الوجه الثاني ، فقد ذكر الشيخ[٢٩] الامام شمس الائمة الحلواني هذه المسألة تؤيد[٣٠] ما ذكر محمد رحمه الله في المبسوط أن القضاء يقع بشهادة الفروع ، حتى اذا رجعوا جميعا ، فلا[٣١] ضمان على الاصول .

[١٥٨٢] قال :

وان قال اللذان شهدا عند القاضي لم يشهدنا هذان على شهادتهما ، وقال الاولان : لم نشهدهما[٣٢] على شهادتهما[٣٣] هذه ، ولكن[٣٤] نحن نشهد بها ، وهو حق ثابت على المشهود عليه ، فالضمان على اللذين شهدا عند القاضي .

لان الاصول جحدوا[٣٥] الاشهاد ، فتبين[٣٦] أن القضاء واقع[٣٧] بشهادة الفروع .

والله اعلم بالصواب



---

(٢٧) لسهـ : فلا شك .
(٢٨) الزيادة من ل .
(٢٩) ب : ذكر شيخ الاسلام الامام ...
(٣٠) سهـ : يريد . ل : يريد به .
(٣١) الفاء في (فلا) زيادة من ل .
(٣٢) من قوله : (على هذه الشهادة او قال الاولان بل كنا اشهدناهما على هذه الشهادة وقد رجعنا ...) الى هنا ليس في فـجم .
(٣٣) فسلم : على شهادتنا .
(٣٤) لب : ولكنا .
(٣٥) ل : جحدوا الشهادة .
(٣٦) س : فثبت .
(٣٧) س : وقع .

الباب الثامن عشر والمائـة

في البراءة والشهادة عليها

[١٥٨٣] قال :

واذا ادعى رجل على رجل مالا، فأنكر ذلك المدعى عليه [٢٢٨ب] وأقام الطالب البينة على المال ، فجاء[١] المطلوب بالبينة عـلى البراءة ، فالبراءة جائزة ٠

وهذه المسألة على ثلاثة أوجه :

احدها : ان قال المدعى عليه : ليس[٢] علي شيء ، ثـم[٣] أقام البينة من بعد [ذلك][٤] على القضاء والابراء ٠

والثاني : ان قال[٥] في الابتداء : ما كان لك علي شيء قط ، ثم اقام[٦] البينة من بعد [ذلك][٧] على القضاء والابراء

والثالث : ان قال[٨] في الابتداء : ما [كان][٩] لك علـي

---

(١) س : فجاء المدعى عليه المطلوب ٠
(٢) ب : ليس لك علي شيء ثم اقام البينة ٠٠٠
(٣) س : ثم يقيم ٠
(٤) الزيادة من هل ٠
(٥) س : ان يقول ٠
(٦) س : ثم يقيم ٠
(٧) الزيادة من هل ٠
(٨) س : ان يقول ٠ ف : ان كان قال ٠
(٩) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن سائر النسخ ٠

شيء قبله ، ولا اعرفـــك ، ثم اقام[10] البينة من بعد [ذلك][11] على القضاء والابراء[12] .

اما في الوجه الاول : فتقبل[13] بينته بالاتفاق ؛ لوضوح التوفيق ؛ فانه يقول : ليس لك علي شيء ، لاني قد قضيتك ، أو لانك أبرأتني .

اما في الوجه[14] الثاني : فكذلك عندنا خلافا لزفر وابن ابي ليلى ؛ لوضوح التوفيق ، فلعله قضاه دفعا لخصومته ، مع أنـه لم يكن عليه[شيء][15] ، فتوجد صورة القضاء . ألا ترى انه يقال : قضى بحق ، وقضى بباطل .

ودلت المسألة [المبينة][16] على أن التوفيق[17] اذا كـــان ممكنا بين الكلامين ، يجب القول بالتوفيق ، ويجب قبول البينة من غير دعوى التوفيق ، وفي بعـــض المواضـــع شرط دعـــوى التوفيق[18] .

واما في[19] الوجه الثالث : فلا تقبل بينته على القضـــاء ؛

---

(10) س : يقيم .
(11) الزيادة من س‌هـ‌ل .
(12) قوله : والثالث ان قال في الابتداء ... الى هنا ليس في ب .
(13) ص‌ل‌ك‌ف‌هـ : قبلت وما اثبتناه عن س وفي ب فيثبت .
(14) س : وفي الوجه الثاني كذلك .
(15) الزيادة من س‌ب‌هـ‌ل . وفي ك‌ف‌ج‌م : مع انه لم يكن علة ..
(16) الزيادة من س .
(17) هـ : على التوفيق .
(18) قوله : ويجب قبول البينة من غير دعوى التوفيق ... الى هنا ليس في ف‌ج‌م‌ص .
(19) س : وفي الوجه الثالث لا تقبل .

لانه لا يحتمل التوفيق ؛ لانه لا يتصور[٢٠] أن يكون بين رجلين خصومة وقضاء ، ولا يعرف أحدهما صاحبه •

وذكر القدوري عن أصحابنا في هذه المسألة أن[٢١] بينتي على القضاء تقبل ايضا •

لان الرجل يدعي على رجل محتجب ، أو امرأة محتجبة ، فيؤذيه بالشغب على باب داره فيأمر بعض وكلائه أن يعطيه[٢٢] ما يرضيه ، فيكون قد قضاه وهو لا يعلم ، ثم علم به من بعد •

ثم استدل في الكتاب في الوجه الثاني على أن ابن ابي ليلى [٣٢٩آ] يفصل[٢٣] بين دعوى القصاص ودعوى الرق ، فقال :

ألا ترى أن رجلا لو ادعى على رجل دم عمد [فجحده][٢٤] فلما اثبت[٢٥] عليه القتل أقام المدعى عليه البينة أنه مشى اليه بقوم فأبرأه من ذلك ، أو عفا[٢٦] عنه ، أو صالحه عن ذلك على مال ، فانه[٢٧] تقبل •

وكذلك رجل ادعى[٢٨] رقبة جارية ، فانكرت فاقام البينة على رقها، فاقامت هي البينة أنه اعتقها، أو كاتبها على الف درهم ،

---

(٢٠) ص : لانه يتصور •
(٢١) لسهـ : ان بينة القضاء •
(٢٢) س : ان يقضيه فيكون •
(٢٣) سهـ : يفصل دعوى •
(٢٤) الزيادة من ل •
(٢٥) لهـ : ثبت •
(٢٦) س : وعفا (بالواو) •
(٢٧) الفاء في (فانه) زيادة من س •
(٢٨) س : ادعى جارية •

وأنها ادت اليه [الالف][29] فانه يجوز ذلك ، كذلك ههنا ٠

[١٥٨٤] قال :

ولو ادعى شراء جارية من رجل ، فأراد ردها بعيب ، فجحد البائع ، وقال : لم ابعك ، فأتى المشتري بشهود أنه ابتاعها منه وهي عوراء ، فاقام البائع البينة انه قد برئ اليه من العور ، فان[30] على قول ابي حنيفة رحمه الله لا تقبل البينة على هـذا الدفع[31] ٠

وعلى قول ابي يوسف رحمه الله تقبل ٠

هكذا [ذكر ههنا][32] ٠

وذكر في الجامع الصغير مطلقا : انها لا تقبل فابو يوسف رحمه الله سوى[33] بين هذا وبين الدين ٠

وابو حنيفة رحمه الله فرّق ٠

والفرق له : أن التوفيق ههنا غير ممكن ؛ لان البراءة عن العيب تغيير[34] بصيغة العقد عن اقتضاء السلامة الى غير ذلك ، وذلك أمر لا يتصور بلا بيع ، فاذا بطل التوفيق لزم التناقض ٠

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(٢٩) الزيادة من ل ٠

(٣٠) س‌كهـ : قال على قول ٠٠٠

(٣١) س : على هذا البيع ٠

(٣٢) الزيادة من س‌ب ٠

(٣٣) حصل هنا في نسخة (ص) تمزيق للورقة ١٣٩ بوجهيها الاول والثاني بحيث شغل عشرة اسطر ٠

(٣٤) ف : تعتبر بصفة العقد ٠ ب : تعد لصفة ٠ ل‌هـك : تعتبر لصفة العقد ٠ والتصحيح من س ٠

بـــــــاب[1]

من دعوى الرجلين[2]

[١٥٨٥] قال :

ولو أن رجلين تنازعا في ارض ، أو دار[3] ، أو شيء مـــن العقارات ، فقال كل واحد منهما : هذا الشيء لي ، وفي يدي ، فان القاضي يأمر كل واحد منهما أن يحضر البينة على أن ذلك في يـــده ٠

لان كل واحد منهما يدعي لنفسه يدا ، والمدعى به لا يثبت الا بالبينة ٠

فان أتيا[4] جميعا بالبينة ، فشهد [٣٢٩ب] شهود كل واحد منهما انه في يده ، فان القاضي يقر[5] ذلك في ايديهما على ما شهدت به الشهود ٠

لانه ثبت المشهود به ٠

وان اقام احدهما البينة ان ذلك في يده ، ولم يقم الآخـــر ، جعلته[6] في يدي الذي اقام البينة ٠

---

(١) ل : الباب الثامن عشر والمائة ٠
(٢) س : في دعوى الرجلين بعضهم لبعض ٠
(٣) س : أو في دار او في شيء ٠ وقوله (او دار) ليس في ل ٠
(٤) ب : فان اثبتا ٠
(٥) ك : يقرر ٠
(٦) س : جعلته للذي هو في يده الذي اقام البينة ٠

لانه[7] ثبت المشهود به [له][8] وامتنع الآخر منه ، كما لو ثبت اليد عيانا ٠

وان لم يقم واحد منهما البينة على دعواه لم يتعرض[9] القاضي لذلك[10] وتركهما ٠

لانه لم تتم[11] حجة القضاء ، فيتركهما كما كان قبل الدعوى ٠

فان اقام احدهما البينة انه في يده ، واقام الآخر انه له وفي ملكه ، فهو لصاحب الملك دون صاحب اليد

لان يده لا تمنع القضاء بالملك للآخر ٠

ثم تكلموا[12] : [أنه] كله له يكون على وجه القضاء ، أو نصفه على وجه القضاء[13] ونصفه[14] على وجه الترك ؟

قال مشايخنا : نصفه على وجه القضاء ، ونصفه على وجه الترك ؛ لان الشيء في يدهما[15] جميعا ، والبينة لا تقبل فيما في يده ٠

لكن الظاهر أن كله يكون على وجه القضاء ٠

---

(٧) ك : لانه يثبت ٠
(٨) الزيادة من س ٠
(٩) س : لم يقض القاضي بشيء من ذلك وتركهما ٠
(١٠) كل‌هـ : في ذلك ٠ س : من ذلك ٠
(١١) فجم : لانه لم يقو حجة للقضاء ٠
(١٢) هـب : ثم تكلموا انه يكون له على وجه ٠٠٠ ل : تكلموا في أنه
(١٣) العبارة (او نصفه على وجه القضاء) سقطت من ل ٠
(١٤) كف : أو نصفه ٠
(١٥) بس : يديهما ٠

لان الشيء كله ثبت[١٦] في يد الآخر بالبينة ، فيكون هذا خارجا في الكل ٠

[١٥٨٦] قال :

وان[١٧] شهد شهود احدهما : انه كان في يده منذ شهر ، أو[١٨] منذ جمعة ، أو أمس ، وشهد[١٩] شهود الآخر : أنه في يده الساعة ، أقره القاضي في يد الذي [هو][٢٠] في يديه الساعة ٠

لان شهود احدهما شهدوا بيد منتقضة[٢١] ، وشهود الآخر شهدوا بيد ثابتة ، فكان هذا أولى ٠

وعلى قياس ما روى عن ابي يوسف أن الشهود اذا شهدوا : أنه كان في يد المدعي ، يقضى[٢٢] به له ، ينبغي أن يكون بينهما نصفين ٠

هو يقيس[٢٣] [٣٣٠آ] هذا على الملك ، فيقول : لو ادعى كل واحد منهما الملك ، فشهد شهود احدهما : انها له ، وشهد شهود الآخر : انها كانت له ، فانه يقضى بينهما نصفين ٠

---

(١٦) س : يثبت ٠

(١٧) س : ولو شهدت شهود احدهما ٠ ل‍ه : وان شهدت ٠

(١٨) س : أو جمعة ٠

(١٩) س : وشهدت ٠

(٢٠) الزيادة من س ٠

(٢١) س : بيد مقتضية ٠ ل : منقضية ٠

(٢٢) ص : فقضى ٠

(٢٣) الى هنا انتهت الورقة ٢٢٩ب من الاصل ك وبنهايتها تنتهي هـذه النسخة ، اذ سقط ما بقي من الكتاب منها ٠ واعتمدنا في ما بقى على نسخة ف ٠

وكذلك اذا ادعى شيئا لنفسه ، فشـــهد [بـــه][٢٤] الشاهدان[٢٥] : احدهما : أنه له وفي ملكه ، وشهد الآخر : انه كان له ، وملكه[٢٦] ، فانه تقبل هذه الشهادة ٠

وكذا في اليد[٢٧] ٠ لكن الفرق بين اليد والملك قد ذكرناه في شرح الجامع الصغير ٠

[١٥٨٧] قال :

ولو أقام احدهما البينة : أنها كانت في يده منذ شهر[٢٨] وأقام الآخر البينة : انها كانت في يده منذ جمعة ، فان القاضي[٢٩] يقرها في يد صاحب الجمعة ٠

لان يده أقرب ، ويجعل كأنهما كانا[٣٠] جميعا في يد الاول ، ثم انتقل الى[٣١] يد هذا ٠

[١٥٨٨] قال :

وقال ابو حنيفة في رجل فيديه دار ادعاها رجل واقـــام شاهدين انها كانت فيديه: انى لا أقبل ذلك ٠ وعن ابي يوسف[٣٢] :

---

(٢٤) الزيادة من س ل ب ٠

(٢٥) س : شاهدان ٠

(٢٦) س : او ملكه ٠

(٢٧) ص : وكذا في اليد والملك ٠

(٢٨) ب : منذ اشهر ٠

(٢٩) عبارة : (فان القاضي) سقطت من س ف م واثباتها عن ل ٠

(٣٠) س : كانا في ايديهما جميعا كان في يد الاول ٠٠٠ وقوله : فان القاضي يقرها في يد صاحب الجمعة ٠٠٠ الى هنا ليس في ف ج م ٠

(٣١) هـ : الى هذا ٠

(٣٢) س : وقال ابو يوسف ٠

انها لا تقبل . فان أقر [٣٣] المدعى عليه انها كانت في يد هـــذا المدعى يجبر على دفعها اليه بالاجماع .

وكذلك ان اقام المدعي شاهدين على أقرار المدعى عليه انها كانت في يد هذا المدعي[٣٤] قبلت ذلك بالاجماع[٣٥] .

فابو يوسف سوّى بين البينة على الاقرار ، وبين البينة على اليـــــد .

والفرق بينهما ما ذكرنا[٣٦] في [شرح][٣٧] الجامع الصغير .

والله اعلم بالصـــواب



---

(٣٣) ب : فان اقر له المدعى عليه .

(٣٤) ص : في يد المدعى عليه قبلت .

(٣٥) من قوله : (وكذلك ان اقام المدعي شاهدين على اقرار ...) الى هنا ليس في هـ .

(٣٦) ف : والفرق بينهما ذكرناه في الجامع ...

(٣٧) الزيادة من ب .

الباب[1] التاسع عشر والمائة

في شهادة الغرماء بعضهم لبعض والموصى لهم[2]

[١٥٨٩] قال :

ولو أن رجلا مات وترك[3] مالا فشهد رجلان[4] لرجلين على الميت بدين[5] الف درهم ، وشهد المشهود[6] لهما للشاهدين[7] على الميت بدين الف درهم ، فالشهادة باطلة ٠

هكذا ذكر ههنا ٠

وذكر[8] في الجامع الصغير وفي الجامع الكبير : أن الشهادة جائزة

---

(١) هـ : باب شهادة الغرماء بعضهم لبعض ٠٠٠ س : فصل في شهادة الغرماء بعضهم لبعض ٠٠٠

(٢) فـج : له ٠

(٣) صـب : وترك ورثة وترك مالا ٠

(٤) هـ : فشهد رجلان لرجل ٠ ف : فشهد رجلا لرجلين ٠ س : فشهد رجلا منهم لرجلين ٠

(٥) ص : على الميت ان عليه الف درهم ٠ س : بالف درهم دين ٠

(٦) ف : الشهود لهما بشاهدين ٠

(٧) س : الشاهدين ٠

(٨) س : وذكر في الجامعين ٠ هـ : وذكر في الجامع الكبير ان الشهادة ٠٠٠ ف : وفي الجامع الصغير وفي الجامع الكبير ٠ قلت وتجد ذلك في الجامع الكبير ص١٧٠ ٠

وروى صاحب الكتاب رواية [٩] ثالثة عن الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انهم ان جاءوا[١٠] جميعا ، وشـــهدوا ، فالشـهادة باطلة[١١] ، وان شهد اثنـــان لاثنـــين قبلت[١٢] شهادتهـما ، ثم[١٣] ادعى الشاهدان بعد ذلـــك على الميت بالف[١٤] درهم ، فشهد[١٥] لهما الغريمان الاولان ، فشهادتهما جائزة .

فصار في المسألة ثلاث روايات .

وجه ما ذكر ههنا : أن الدين اذا ثبت على الميت حل[١٦] في التركة ، فتصير التركة مشتركة بين الغرماء فما[١٧] يقبضه احد الفريقين يشاركه الآخر فيه ، فكان[١٨] كل فريق شاهدا على شيء لهما فيه شركة[١٩] .

وجه رواية الجامعين : أن الشهادة انما قامت[٢٠] على الميت بالدين ، والدين يثبت[٢١] في ذمة الميت ثم يتحول[٢٢] الى التركة

---

(٩) س : رواية اخرى .
(١٠) س : ان جاءوا معا جميعا .
(١١) ل : وشهدوا قال هذه باطلة .
(١٢) هـل : فقبلت .
(١٣) س : ثم ان ادعى .
(١٤) سـهـ : الف .
(١٥) س : وشهد .
(١٦) ب : حلت . س : دخل .
(١٧) ف : انما يقضي احد الفريقين . بصهـل : فما يقبض احـد الفريقين كان للآخر ان يشاركه فيه . وما اثبتناه عن س .
(١٨) هـصف : فصار .
(١٩) حصل هنا في نسخة (ص) تمزيق في الصفحة ١٣٩ ب بحيث شغل عشرة اسطر .
(٢٠) س : انما قبلت .
(٢١) هـف : ثبت . ب : يثبت في الذمة .
(٢٢) س : ثم تحول .

لا تحوّل القرار ؛ فان الوارث لو اراد أن يقضي الدين من ماله ، ويخلص[٢٣] التركة لنفسه له ذلك ، فيصير كأنهم شهدوا عليه في حياته ٠

وجه رواية الحسن : انهم[٢٤] لو جاءوا معا كان[٢٥] ذلك بمعنى المعاوضة ، فتتفاحش التهمة ٠

ثم استدل في الكتاب للرواية الاولى بدلائل على كيفية الشركة فقال :

ألا ترى أن الميت لو لم يترك الا[٢٦] الف درهم ، فانهم يتحاصون[٢٧] فيها ، فتكون[٢٨] بينهم ، والا ترى لو أن احد الفريقين حضروا فاعطاهم القاضي نصف الالف التي ترك الميت ، ووقف النصف الآخر للغريم الآخر ، فضاع هذا النصف ، ثم[٢٩] جاء الغريمان الآخران ، لهم أن يشاركوا اولئك فيما قبضوا ، فيدل هذا على أن التركة تصير شركة[٣٠] بينهم ٠

---

(٢٣) ل س هـ : ويستخلص ٠

(٢٤) س هـ : انهم اذا ٠

(٢٥) س : كان في ذلك معنى المعاوضة ٠

(٢٦) ف : لم يترك الالف درهم ٠

(٢٧) ف : فانهم يخاصموں فيما يكون بينهم ٠ ب : يتخاصمون فيها فيكـــون ٠

(٢٨) ف : يكون ٠ ب : فيكون ٠ س : لتكون ٠

(٢٩) قوله : (التي ترك الميت ووقف ٠٠٠) الى هنا ليس في س ٠

(٣٠) س : مشتركة ٠

[١٥٩٠] قال[٣١] :

ولو لم يكن الامر على هذا ، ولكن رجلان[٣٢] ادعيا دارا أو عبدا في يدي ورثة الميت ، انه غصبها[٣٣] الميت ذلك فشهد لهما رجلان بملك[٣٤] ذلك ، ثم شهد[٣٥] المشهود لهما بذلك للشاهدين على الميت بألف درهم ، فان هذه الشهادة جائزة في الروايات كلها .

لانه لا يتمكن[٣٦] في هذه الشهادة معنى الشركة ؛ لان الملك في تلك العين اذا ثبت للمشهود لهما لا يشاركهما[٣٧] الغرماء [فيه][٣٨] .

[١٥٩١] قال :

وكذلك لو لم يدعيا الغصب ، ولكن ادعيا أن الميت باعهما ذلك بالف درهم ، وقبض الثمن فشهد لهما شاهدان بذلك ، ثم شهدا[٣٩] هما للشاهدين على الميت بالف درهم ، فان هذه الشهادة جائزة ايضا باتفاق الروايات .

---

(٣١) س : قال : فلو أن رجلين ادعيا عبدا في يد ورثة الميت وان الميت كان غصب ذلك .

(٣٢) ب : ولكن رجلين . وما اثبتناه عن فجمهسل ، ولم تظهر في نسخة ص .

(٣٣) ص : انه كان غصبها .

(٣٤) ب : فشهد لهما رجلان بذلك للشاهدين .

(٣٥) فجم : ثم شهد لهما الشهود بذلك .

(٣٦) فج : لا يمكن .

(٣٧) في ف وسائر النسخ : لا يشاركه والتصحيح من ل .

(٣٨) الزيادة من ل .

(٣٩) ف : ثم شهد لهما الشاهدان .

لما قلنا ·

ثم استشهد في الكتاب فقال :

ألا ترى ان هؤلاء لو ادعوا دارا من تركة الميت ، أن[40] الميت باعهم اياها بالف درهم ، وقبض الثمن ، فادعى هؤلاء عبدا من تركة الميت ، أنه باعهم اياها ، وقبض الثمن ، فشهد هؤلاء لهؤلاء وهؤلاء لهؤلاء ، ان الشهادة جائزة ·

لما قلنا ·

[١٥٩٢] [قال][41] :

ولو أن رجلين ادعيا على رجل حي[42] الف درهم ، وهو يجحد ذلك ، فشهد بذلك لهما عليه رجلان ، ثم شهد المشهود لهما للشاهدين[43] على رجل بالف درهم ، وهما يدعيان ذلك[44] ، وهو يجحد ، فان هذه الشهادة جائزة ·

لان الشركة لا تثبت · الا ترى انه لو قبض احد الفريقين دينه ، وتوي[45] مال الفريق الآخر ، ليس للفريق الآخر أن يشاركهم فيما قبضوا ·

---

(٤٠) س : بأن الميت ·

(٤١) ما بين القوسين ساقط من س ف ج م ·

(٤٢) ف : بحق ·

(٤٣) س : لهم الشاهدين · هـ : ثم شهد الشهود للشاهدين · ف : ثم شهد المشهود لهما الشاهدان ··· وكلها تصحيف او سهو وما اثبتناه عن ل ·

(٤٤) ب : ذلك عليه وهو ···

(٤٥) ف : ونوى بالتفريق الآخر (وهو سهو) وتوي : اي هلك ، وبابه : صدي · قال الرازي : والتوى مقصورا هلاك المال وبابه صدي (مختار الصحاح : مادة توي ص ٨٠) ·

ثم اكد ابو يوسف هذا الفرق[٤٦] بعد هذ. ، والكل يرجع الى نفي الشركة ·

[١٥٩٣] قال :

ولو أن رجلا مات فادعى رجلان انه اوصى لهما بالثلث ، واقاما على ذلك [بينة][٤٧] شاهدين ، وادعى[٤٨] الشاهدان[٤٩] أيضا ان الميت[٥٠] اوصى لهما بالثلث ، فشهد لهما بذلك[٥١] الرجلان الآخران اللذان شهد هذان لهما ، فهذا باطل على اتفاق الروايات ·

لان الشركة ههنا متحققة ؛ لانه اذا ثبتت[٥٢] الوصايا ، يشتركون[٥٣] كلهم في الثلث ، ويثبت[٥٤] الحق لهم في الثلث على سبيل القرار ، حتى لو اراد الوارث استخلاص التركة كلها لنفسه باعطاء البدل لا يقدر [على ذلك][٥٥] ·

[١٥٩٤] قال :

وكذلك لو ادعى احد الفريقين وصية بالثلث[٥٦] ، فادعى

---

(٤٦) ف : الفريق · ل : ثم اكد لقول ابي يوسف هذا الفرق بعد هذا ···
(٤٧) الزيادة من س ·
(٤٨) ف : وادعيا ·
(٤٩) س : للشاهدين ·
(٥٠) ص : على الميت ·
(٥١) س : ذلك · هـ : بذلك لهما ·
(٥٢) ف : ثبت ·
(٥٣) ف : يشاركون ·
(٥٤) س ل : وثبت لهما الحق · هـ : ويثبت لهما الحق ··
(٥٥) الزيادة من ل ·
(٥٦) هـ ف : الثلث (بسقوط الباء) ·

الفريق الآخر وصية بالسدس[٥٧] ، او ادعى وصية بدراهم[٥٨] مسماة [او][٥٩] بعين عينها ، فشهد هؤلاء لهؤلاء بما ادعوا ، وشهد هؤلاء لهؤلاء بما ادعوا ، فان الشهادة[٦٠] كلها باطلة باتفاق الروايات •

لان الشركة[٦١] متحققة ؛ ألا ترى انه يشارك بعضهم بعضا فيما يقبض[٦٢] •

[١٥٩٥] قال :

وان كانت[٦٣] الوصية لهذين[٦٤] بشيء بعينه ، مثل[٦٥] ان كانت الوصية بثوب أو جارية ، ولهذين بشيء بعينه ، مثل دابة ، أو عرض ، فشهد هؤلاء لهؤلاء ، وهؤلاء لهؤلاء فان شهادتهم جائزة[٦٦] •

لانه لا يتحقق معنى الشركة[٦٧] •

---

(٥٧) هـ ف : السدس (بسقوط الباء) •

(٥٨) هـ ف دراهم • ب : وادعى وصية خمسمائة درهم بغير عينها •

(٥٩) الزيادة من السياق •

(٦٠) ص : فان الشهادات •

(٦١) س : لان الشرط (وهو تصحيف) •

(٦٢) س : في ما قبض •

(٦٣) هـ : ولو كانت •

(٦٤) هـ : لهذا مثل جارية او ثوب ولهذين بشيء بعينه مثل دابة او عرض••• (بسقوط شيء من الجملة) •

(٦٥) ب : مثل جارية او ثوب ولهذين بشيء بعينه •

(٦٦) ص : تجوز •

(٦٧) من قوله : (فشهد هؤلاء-لهؤلاء •••) الى هنا ليس في ل •

فرق بين هذا وبين ما اذا كانت الوصية لهذين بشـــــيء بعينه(٦٨) ، ولهذين بالثلث ، فان شهادتهم لا تجوز ٠

والفرق : أنه يتحقق(٦٩) ههنا معنى الشركة ، فان لصاحب(٧٠) الثلث أن يشارك الآخر في الشيء بعينه ، فيتحقق معنى الشركـة ، بخلاف المسألة الاولى ٠

[١٥٩٦] قال :

ولو أن رجلين ادعيا على ميت الف درهم ، فشهد لهما بذلك رجلان ، وحكم لهما الحاكم(٧١) بالالف ، أو لم يحكم ، حتـى ادعى(٧٢) رجلان آخران غير الشاهدين(٧٣) على الميت بألف درهم، فشهد لهما الغريمان اللذان قد اقاما بينة ان لهما(٧٤) على الميت الف درهم ، فان شهادتهما جائزة ٠

لما قال في الكتاب : انهما لم يشهدا لهما ، وانما(٧٥) شهدا لغير من شهدا له ٠

---

(٦٨) من قوله : (مثل ان كانت الوصية بثوب ٠٠٠) الى هنا ليس في ف ج م ٠

(٦٩) س : تحقق ٠

(٧٠) فهل : فان صاحب الثلث له ان يشارك ٠ ص : فان صاحب الشركة له أن يشارك ٠٠٠

(٧١) ب : وحكم لهما الحاكم بالف درهم ٠ والعبارة من قوله (فشهد لهما بذلك ٠٠٠) الى هنا ليست في س ٠

(٧٢) ف : ادعيا ٠

(٧٣) ف : الشاهدان ٠

(٧٤) ف : ان لهذا ٠

(٧٥) فج : وان شهدا ٠

وأصل هذا : أن كل حق ثبت للشاهدين[٧٦] بشهادة غير من شهدا[٧٧] له فهو جائز ، وكل حق ثبت للشاهدين[٧٨] بشهادة من شهدا له فهو على وجهين :

ان كان يقع في شيء من الشهادة[٧٩] شركة في مال[٨٠] الميت فالشهادة كلها[٨١] باطلة .

وان كان لا يقع[٨٢] فالشهادة جائزة .

[١٥٩٧] قال :

ولو أن رجلين شهدا لرجل انه ابن الميت . ثم شهد الابن ورجل آخر[٨٣] للشاهدين على الميت بدين الف درهم ، فان ابا حنيفة وابا يوسف قالا : الشهادة باطلة .

لان حق الغريم ثبت في التركة كما ثبت[٨٤] حق[٨٥] الوارث ، فتتمكن[٨٦] فيه تهمة ، لمعنى[٨٧] الشركة .

---

(٧٦) ف : يثبت الشاهد .

(٧٧) س : شهد له .

(٧٨) ف : للشاهد .

(٧٩) س : من الشهود به شركة .

(٨٠) ف : من مال .

(٨١) هـ : الميت فان هذه كلها باطلة .

(٨٢) ف : لا يمنع .

(٨٣) هـ : ورجل آخر ان للشاهدين على الميت الف درهم دين فان ابا حنيفة ...

(٨٤) لهص : كما يثبت .

(٨٥) هـ : في حق الارث . ب : في حق الوارث .

(٨٦) س : فيكون فيه تهمة معنى الشركة . ل : فيتمكن فيه معنى الشركة .

(٨٧) هـ : بمعنى . سل : معنى .

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني :

هذه المسألة لا توجد في المبسوط . ولا[88] تجعل فيها روايتان . بل تجعل على الاتفاق ٠

والله تعالى اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(٨٨) ل : فلا ٠

الباب[1] العشرون والمائة

﴿ في شاهدي الزور وما يصنع بهما ﴾

[١٥٩٨] ذكر عن عامر[2] بن ربيعة قال :

شهدت عمر بن الخطاب أقام شاهد[3] زور عشيـــة في ازار يبكت[4] نفسه ، اي يلوم نفسه ، ويقول : هذا جزاء من شـهد بزور[5] ٠

---

(١) س : الباب التاسع عشر بعد المائة في شاهدي الزور وما يصنع بهما ٠ هـ : باب شاهدي الزور ٠ ب : في شاهد الزور وما يصنع به ٠ ل : باب المرأة تخاصم زوجها في ولدها ذكر عن عامر ٠٠٠

(٢) عامر بن ربيعة بن كعب بن مالك العنزي حليف آل الخطاب صحابي مشهور اسلم قديما وهاجر وشهد بدرا مات ليالي قتل عثمان وحدد وفاته ابن الاثير سنة ٣٢ هـ انظر ترجمته في اسد الغابة : ٣/١٢١ـ١٢٢ رقـــم ٢٦٩١ ، تقريب التهذيب : ١/٣٨٧ رقم ٤١ من حرف العين ٠ الاصابة : ٢/٢٤٠ رقم ٤٣٨١ ، الاستيعاب : ٣/٤ـ٦ وفيه انه مات سنة ٣٣ هـ وقيل غير ذلك ٠

(٣) س : شاهدي زور في ازار يبكت نفسه اي يلوم نفسه ٠٠٠

(٤) في نسخة ل وفي مصنف عبدالرزاق : ينكت ـ بالنون ـ وما اثبتناه من الاصل ف وعن سائر النسخ وعن كتب التخريج ٠ ومعنى يبكت كما شرحها الشارح يلوم والتبكيت : كالتقريع والتعنيف كما يقول الرازي (مختار الصحاح بكت : ٦١) وانظر المجرد للغة الحديث : بكت : ١/٢٠٢ ، النهاية في غريب الحديث : بكت : ١/١٤٨ وغريب الحديث لابن قتيبة : ٢/٣٢٣ قال الهروي : التبكيت يكون تقريعا باللسان يقال له يا فاسق اما استحييت اما اتقيت وقد يكون باليد والعصا ونحوه (الغريبين ١/٢٠٠) ٠

(٥) حديث عامر بن ربيعة قال : شهدت عمر بن الخطاب اقام شاهد زور عشية يبكت نفسه ٠٠٠ الى آخر الحديث رواه الامام عبدالرزاق الصنعاني قال : اخبرنا ابو سفيان عن شعبة عن عاصم بن عبيد الله عن عبدالله بن عامر قال : شهدت عمر بن الخطاب اقام شاهد زور عشية في ازار ينكت (بالنون)

←

وهـذا اللفـظ يسـتـمل[٦] عنـد الضرب[٧] ، فيكون[٨] هذا حجة[٩] لابي يوسف ومحمـد على أبي حنيفة : أن[١٠] شاهد الزور يعزر كما هو مذهبنا[١١] ٠

وفي الباب احاديث متعارضة[١٢] بعضها يدل على أنه يعزر كما هو مذهبهما[١٣] ٠

نفسه (المصنف : ٨/٣٢٥-٣٢٦ رقم ١٥٣٨٨) ورواه مسدّد من حديـث عبدالله بن عامر بن ربيعة قال : رأيت عمر بن الخطاب اقام شاهد زور عشية في ازار يبكت نفسه ثم خلى سبيله (المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية : ٢/٢٥٦ رقم ٢١٥٦) ورواه البيهقي في السّنن الكبرى قال : اخبرنا الشريف ابو الفتح العمري ، أنبأ عبدالرحمن بن ابي شريح ، أنبا أبو القاسم البغـوي ، ثنا علي بن الجعد ، انبأ شريك ، عن عاصـم بن عبيدالله ، عـن عبدالله ابن عامر قال : اتى عمر رضي الله عنه بشاهد زور فوقفه للناس يوما الى الليل يقول هذا فلان يشهد بزور فاعرفوه ثم حبسه ورواه ابو الربيـع عـن شريك عن عاصم وزاد فيه : فجلده واقامه للناس (السنن الكبـرى : ١٠/١٤١)

قلت وقد رواه كلهم كما رأيت عن عبدالله بن عامر بن ربيعة وليس عـن عامر كما اورده المؤلف فيجوز ان يكون عبدالله قد رواه عن ابيه ، هذا من جهة ومن جهة أخرى قال البوصيري : سنده ضعيف لضعف عاصم بن عبيداللـه (انظر المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية حاشية ص٢٥٦ من الجـزء الثانـي) ٠

(٦) س : استعمل ٠

(٧) ف : عند العرب ٠ هـ : عند الغرب (وهذا الاخير تصحيف) ٠

(٨) س : فيكون حجة لابي ٠ ب : وهذا لابي ٠

(٩) سف : حجة ابي ٠

(١٠) س : فان ٠

(١١) لفجم : مذهبهما وما اثبتناه عن سبصه ٠

(١٢) ل : معارضة ٠

(١٣) ص : كما هو مذهبنا ٠ وقوله (وفي الباب احاديث متعارضة ٠٠٠) الى هنا سقط من س ف ٠

وبعضها يدل على أنه لا يعزر ، بل يشهر ، وهو أن يبعث به الى السوق ان كان سوقيا ، أو الى محلته[14] ان لم يكـن[15] ، فيقال لهم : ان[16] القاضي يقول : انا وجدنا هدا شاهد زور فاحذروه ، وحدروا[17] الناس منه[18] .

وكيفية التعزير عندهما موضعها[19] المبسوط .

---

(١٤) س : او الى مجلسه . ف : والا محلته .

(١٥) ف : لم يك . ص : لم يكن سوقيا .

(١٦) فـجم : ان القاضي قد وجد هذا ...

(١٧) ل . وحذر .

(١٨) قوله فيقال لهم ان القاضي يقول انا وجدنا هذا شاهـد زور فاحدروه وحدروا الناس منه قلت اصل ذلك ما ورد عن الصحابة والتابعين انهم كانوا يفعلون دلك ، فقد روى البيهقي عن علي رضي الله عنه انه كان اذا احد شاهد زور بعث به الى عشيرته فقال ان هدا شاهد زور فاعرفوه وعرفوه ثم خلى سبيله ... وعن شريح انه اتى بشاهد زور فنزع عمامته وخفقه خفقات وعرفه أهل المسجد وفي رواية ان شريحا كان يؤتى بشاهد الزور فيطـوف به في أهل مسجده وسوقه فيقول انا قد زيفنا شهادة هذا (السنن الكبرى : ١٤٢/١٠) وما رواه الامام عبدالرزاق الصنعاني عن قيس بن الربيـع عن ابي حصين قال كان عبدالله بن عتبة اذا اخذ شـاهد الزور فان كـان عربيا بعث به الى مسجد قومه وان كان مولى بعث به الى سوقه فقال : انا وجدنا هذا شاهد زور وانا لا نجيز شهادته (المصنف : ٣٢٦/٨ رقم ١٥٣٩٠) وما رواه وكيع عن معاويه بن عبدالكريم قال : رأيت قوما شهدوا بزور وقد ضربهـم عبدالملك بن يعلى وكان قاضي البصرة في زمن عمر بن هبيرة الاكبر سنة ثـلاث ومائة فرأيته قد حلق انصاف رؤوسهم وسود وجوههم وضربهم ضربا غير مبرح وقال هؤلاء قوم شهدوا بزور والذي شهد له معهم (اخبار القضاة : ١٩/٢) وقابل ذلك بما رواه عن ابن شبرمة : (٨٩/٣) وشريح وعمر (٢١٩/٣ـ٢٢٠) وانظر الدراية ١٧٣/٢ وجامع مسانيد الامام الاعظم : ٢٧٤/٢ ، والمبسوط : ١٤٥/١٦ .

(١٩) فـجم : موضعه .

ثم عندهما اذا كان يعزر هل يشهر ايضا[٢٠] مع التعزير[٢١] أم لا ؟ •

ذكر في المبسوط ان عندهما يعزر ولم يذكر التشهير بالنفي والاثبات •

وذكر ههنا صاحب الكتاب انه يشهر •

قال الشيخ شمس الائمة الحلواني رحمه الله :

لولا تنصيص صاحب الكتاب[٢٢] رحمه الله على هذا والا[٢٣] لكان مشكلا •

ثم بين صاحب الكتاب[٢٤] المعنى انه لاي معنى يعزر الشاهد[٢٥] ؟ فقال : لكي يتعظ به غيره ، فلا يشهد بالزور •

والله اعلم بالصواب



---

(٢٠) قوله : (ايضا) ليس في فهل •

(٢١) س : مع التعزير لم يذكر في المبسوط ولم ينفه وذكر صاحب الكتاب •

(٢٢) قوله : (انه يشهر قال الشيخ •••) الى هنا ليس في فجم •

(٢٣) العبارة (على هذا والا) ليست في س •

(٢٤) ل : ثم بين صاحب الكتاب المعنى فيه انه ••• ف : ثم بين صاحب الكتاب انه لاي معنى •••

(٢٥) ل : هل يعزر الشاهد بالزور ؟ •

بـــــاب[1]

المرأة تخاصم زوجهـا في ولدهـــا

[١٥٩٩] قال :

ولو أن امرأة معها ولد صغير ، فقدمت[2] رجلا الى القاضي فقالت : ان[3] هذا كان زوجي ، وانه طلقني ، وهذا[4] ابنـي منه ، فمره بالنفقة عليه • فقال الزوج : انها [قد][5] تزوجـت ، وأنا أحق بالولدِ منها ، وانكرت[6] هي أن يكون لهـــا زوج ، فالقول قولها •

لانها تنكر[7] ما يدعي من بطلان حقهــا في الحضانـــة [والتربية][8] ، فيكون القول قولها مع يمينها •

فان حلفت اخذت منه النفقة •

---

(١) س : الباب العشرون بعد المائة في المرأة تخاصم زوجها في ولدها • فـجم : باب المرأة تخاصم زوجها (بسقوط الجار والمجرور في ولدها) • وقد سقط العنوان من ل ووضع على الباب الذي قبله • وما اثبتناه عن صبه •

(٢) ب : قدمت •

(٣) هـ : ان هذا زوجي •

(٤) ل : وهذا ولدي منه •

(٥) الزيادة من ب •

(٦) سف : وانكرت ان يكون •

(٧) فجم : انكرت •

(٨) الزيادة من لصب •

وان نكلت فلا نفقة لها ٠

لانها أقرت بما يدعيه ٠

واذا بطل حق الام كانت الجدة اولى [به][٩] على الترتيب الذي عرف قبل هــذا ٠

[١٦٠٠] قال :

فان قالت[١٠] : كان تزوجني ، وطلقني[١١] ، أو مات عني، كان القول قولها ٠

لانها أقرت بالنكاح لمجهول لا يتوهم تصديقه ، فلا يثبـــت النكاح بذلك الاقرار[١٢] ٠

فرق بين هذا وبين[١٣] ما اذا سمّت[١٤] ذلك الرجل ، فان هناك لا يكون القول قولها ٠

والفرق انها لما سمّت[١٥] رجلا بعينه فقد أقرت بالنكـــاح لمعلوم ، والتصديق من المقر له[١٦] موهوم ، فيثبت النكـــاح ، فلا[١٧] تقع الفرقة[١٨] الا بتصديق ذلك الزوج ٠

---

(٩) الزيادة من ب ٠

(١٠) بلسهص : وان قالت قد كنت تزوجت ٠

(١١) بهل : فطلقني الزوج او مات ٠ ص : فطلقني او مات ٠٠٠

(١٢) هـ : بدون الاقرار ٠

(١٣) س : وبين ما اذا كانت سمت ٠

(١٤) صب : سمعت (وهو تصحيف) ٠

(١٥) فص : سمعت ٠

(١٦) ص : المقر به ٠

(١٧) ف : ولا ٠

(١٨) هـ : فلا تقع التفرقة ٠

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

مثال[١٩] هذا : المرأة اذا كانت تحت زوج فقالت : انك تزوجت اختي قبلي[٢٠] ، وهي تحتك ، ونكاحي غير صحيح • وقال الزوج : فارقتها منذ سنين[٢١] ، كان القول قول الزوج • لأن نكاح هذه المرأة صحيح ظاهرا ، وهي[٢٢] تدعي شيئا يفسد هذا النكاح فلا تصدق •

[١٦٠١] قال :

فان أقر الزوج بالطلاق يقر الولد معها •

لان من له الحق قد أقر بابطال[٢٣] حقه ، فارتفع النكاح في حقها بتصادقهما ، فكان حق الحضانة لها دون الاب •

والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب
واليه المرجع والمآب

تم الكتاب بحمد الله وعونه وحسن توفيقه ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم ، وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم ، والحمد لله رب العالمين على كل حال[٢٤] •

★ ★ ★

---

(١٩) س : مثاله المرأة اذا ... ف : مثال هذه المرأة اذا ...
(٢٠) ف : تزوجت امس علي وهي تحتك ونكاحي بعقد صحيح • هـ : قبل •
(٢١) ص : سنتين •
(٢٢) هـ : فهي •
(٢٣) س : قد أقر بما يبطل حقه •
(٢٤) هذه هي خاتمة نسخة ف وقد مرت الالفاظ التي ختمت بها كل نسخة في التعريف في النسخ في الجزء الاول فلتلاحظ هناك • والحمد لله اولا وآخر •

خاتمـــة الطبـــع

تم بحمد الله وحسن توفيقه طبع هذا الجزء وهو الاخير من كتاب (شرح أدب القاضي للخصاف تأليف برهان الائمة حسام الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة البخاري الحنفي المعـــــروف بالصدر الشهيد) وذلك في يوم الخميس الخامس من صفر سنة تسع وتسعين وثلثمائة والف من الهجرة الموافق الرابع من شهر كانون الثاني سنة تسع وسبعين وتسعمائة والف للميلاد ، ندعو من الله العلي القدير ان يجعله خالصا لوجهه الكريم وان يحقق به النفع والخير ٠

وفي هذه المناسبة اتوجه بالشكر الى لجنة احيـــاء التراث الاسلامي في وزارة الاوقاف في الجمهورية العراقية لما تبذلـــه في هذا الشأن من جهد واخلاص في بعث ما هو نافع جزاهم الله خير الجـــزاء ٠

وفي الختام استميح القارىء عذرا في ايراد ثلاثة استدراكات هنا فاتني أن أنبه عليها في ما سبق وآمل ان يتغاضى عن هفواتي وتقصيري ، فان الكمال لله وحده وهو ذو الحول والقوة ٠

محقق الكتـــاب

الفقير الى الله تعالى

محيي هـــلال السرحـــان



استدراك
حول مؤلفات الصدر الشهيد

في الفترة التي استغرقتها طباعة الجزئين الثالث والرابع من هذا الكتاب ظهرت الاجزاء الاخيرة من فهارس مخطوطات مكتبة الاوقاف العامة في الموصل ، كشفت عن وجود نسخ خطية من مؤلفات برهان الائمة عمر بن عبدالعزيز بن مازة البخاري الملقب بالصدر الشهيد شارح هذا الكتاب رأينا أن ننبه الى وجودها لتضاف الى ما كتبناه عنها في الجزء الاول وما استدركناه في الجزء الثاني واليك ما وجدناه :

١ ـ الجامع الصغير في الفروع (او جامع الصدر الشهيد) :

له أربع نسخ في المكتبة المذكورة :

الاولى : في مكتبة المدرسة الاحمدية برقم : (فقه حنفي : ٩/٨) بعنوان : (جامع الصغير) ـ جامع الصدر ، اولها : اما بعد فان مشايخنا رحمهم الله كانوا يعظمون هذا الكتاب تعظيما ويقدمونه على سائر الكتب ...) الناسخ : محمد سنة ١٠٠٩هـ، قياس : ٣٠×٢١ ، عدد الاوراق : ١٤٩ ورقة[١] .

الثانية : في مكتبة المدرسة الرضوانية برقم : (فقه حنفي : ٧/٣) بعنوان : (جامع الصدر الشهيد ـ الجامع الصغير في

---

(١) سالم عبدالرزاق احمد : فهرس مخطوطات مكتبة الاوقاف العامة في الموصل جـ٥ : ص١٨٩ .

الفقه) ، الناسخ : شكر الله بن سلمان سنة ٨٨٢ هـ قيـــاس : ٢٦×١٧ ، عدد الاوراق ١٦١ ورقة[٢] .

الثالثة : في مكتبة مدرسة الحاج زكر برقم : (فقه حنفي : ٤/٧) بعنوان (الجامع الصغير في الفروع) نقص من آخره . قياس : ٢٩×٢٠ في ١٦٨ ورقة[٣] .

الرابعة : في مكتبة مدرسة الحاج زكر ايضا برقم : (فقـــه حنفي : ٥/٧) بعنوان (الجامع الصغير في الفروع) . الناســخ صادق بن محمود سنة ٧٤٨ هـ بقيـــاس : ٢٧×١٨ في ١١٥ ورقة[٤] .

٢ ـ شرح الجامع الصغير في الفروع :

وله نسخة مخطوطة في مدرسة بكر افنــــدي برقم : (٤٢) بعنوان : (شرح الجامع الصغير في الفروع للشيباني) .وهي قطعة من الكتاب نقص من آخره ساقط الجلادين ، قياس : ١٩×١٤ في ١٥ ورقة[٥] .

٣ ـ شرح ادب القاضي للخصاف :

وله نسخة مخطوطة في خزانة المدرسة الاحمدية برقم : (فقه حنفي : ٩/١١) بعنوان (شرح ادب القاضي) ، أوله : (اما بعد فقد طلب مني بعض اصحابنا ان اذكر لكل مسألة من مسائل كتاب ادب القاضي ...) ، الناسخ يحيى بن عبدالله بن خليفة

---

(٢) فهرس مخطوطات مكتبة الاوقاف العامة في الموصل : جـ٨ ص٦٧ـ٦٨ .

(٣) نفس المصدر : ٢٢٢/٨ .

(٤) نفس الفهرس : ٢٢٢/٨ .

(٥) جـ٧ ص٢٤٧ .

سنة ١٠٢٦ هـ ، بقياس : ٣٠×٢١ ، في ١٤٠ ورقة ، وقد وهم مرتب الفهرس فنسب الاصل للامام ابي يوسف[٦] .

٤ ـ الواقعات الحسامية :

لها نسخة مخطوطة في خزانة مدرسة الصائغ الجلبي برقم (فقه حنفي : ٦/٣٩) بعنوان : (واقعات الحسامي) ، الناسخ السيد صالح بن السيد عبدالرحمن الحلبي سنة ١١٤٩ هـ بقياس: ٢٢×١٦ ، في ٣٣٩ ورقة[٧] .

---

(٦) جـ٥ ص١٩٠ .

(٧) جـ٧ ص١٥١ .



استدراك ثان

في مصــادر الكتاب

نذكر في ما يلي الكتب التي لم نشر اليها في قائمة مراجـــع الكتاب التي ذكرناها في الجزء الاول :

١ ـ الآثار لمحمد بن الحسن الشيباني تحقيق ابي الوفـــا الافغاني (حيدر آباد ١٩٦٥) ٠

٢ ـ اخبار ابي حنيفة واصحابه لابي عبدالله حسين بن علي الصيمري (حيدر آباد ١٩٧٤) ٠

٣ ـ اختلاف الفقهاء لابي جعفر احمد بن محمد الطحاوي، تحقيق د ٠ محمد صغير حسن المعصومي (اسلام آباد باكستان ١٣٩١/١٩٧١) ٠

٤ ـ أدب القضاء لابن ابي ابي الدم الحموي الشافعي تحقيق د ٠ محمد مصطفى الزحيلي (مطبوعات المجمع العلمي بدمشق ١٩٧٥) ٠

٥ ـ الاصل لمحمد بن الحسن الشيباني جـ١ تحقيق ابـــي الوفا الافغاني (حيدر آباد ١٩٦٦) و جـ٢ تحقيق د ٠ شفيق شحاته (مطبعة جامعة القاهرة ١٩٥٤) ٠

٦ ـ الامالي لمحمد بن الحسن الشيباني (حيدر آباد ١٣٦٠)٠

٧ ـ تفسير مقاتل بن سليمان تحقيق د٠ عبدالله محمود شحاتة (مطبعة المدني ١٩٦٩) ٠

٨ ـ ديوان الادب لابي ابراهيم اسحق بن ابراهيم الفارابي تحقيق د · احمد مختار عمر (الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية القاهرة ١٩٧٤) ·

٩ ـ طبقات الحنفية لعلي القاري (مخطوط في مكتبة الاوقاف المركزية ببغداد) ·

١٠ ـ غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى للشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي (ط١ مؤسسة دار السلام دمشق ١٣٧٨) ·

١١ ـ غريب الحديث لابن قتيبة الدينوري تحقيق د · عبدالله الجبوري (مطبعة العاني ١٩٧٧) ·

١٢ ـ الفتح الكبير في ضم الزيادة الى الجامع الصغير وهما للسيوطي جمعهما الشيخ يوسف النبهاني (دار الكتب العربية الكبرى مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٥٠) ·

١٣ ـ قاموس الموسيقى العربية للدكتور حسين علي محفوظ (دار الحرية للطباعة بغداد ١٩٧٧) ·

١٤ ـ المجرد للغة الحديث لموفق الدين عبداللطيف البغدادي تحقيق فاطمة حمزة الراضي (مطبعة الشعب بغداد ١٩٧٧)جـ١ ·

١٥ ـ المخارج والحيل لمحمد بن الحسن الشيباني تحقيق يوسف شخت (ليبسك ١٩٣٠) اعادت طبعه مكتبة المثنى ببغداد ويليه رواية اخرى لهذا الكتاب لشمس الائمة السرخسي ·

١٦ ـ النكت لشمس الائمة السرخسي وهو شرح لزيادات الزيادات لمحمد بن الحسن الشيباني تحقيق ابي الوفا الافغاني (حيدر آباد ١٣٧٨) ·

اســـتدراك ثالث

حول تخريج بعض الاحاديث

فاتتني ان أشير الى تخريج بعض الاحاديث والاخبار منها :

١ ـ قول الحسن : « لان احلف بالله كاذبا أحب الي من أن احلف بغير الله صادقا » الوارد في الجزء الثاني من هذا الكتاب ص٢٠٤ ٠

رواه الامام محمد بن الحسن الشيباني في كتاب المخـــارج والحيل (ليبسك ١٩٣٠ ص٩٥) عن ابن عمر ٠

٢ ـ حديث علي رضي الله عنه « ان رجلا من الحي خطب امرأة وهو دونها في النسب والحسب فأبت ان تتزوجه فادعى انه تزوجها واقام شاهدين عند علي رضي الله عنه فقالت اني لـم اتزوجه فقال : قد زوجك الشاهدان وقضى عليها بالنكاح ٠ قال عمر : فتزوجها الرجل بعد ذلك » الوارد في الجزء الثالث من هذا الكتاب ص١٧٥ـ١٧٦ ٠

رواه محمد بن الحسن الشيباني فانظر المبسوط للسرخسي ١٦/١٨١ـ١٨٢ ٠



الفهارس التفصيلية



ا ـ فهرس الآيـات الكريمة

سورة الاحزاب :

سورة البقرة :

سورة التوبة :

سورة الطلاق :

سورة الفرقان :

سورة المائدة :

« وان احكم بينهم بما انزل الله » رقم ٥٢ ص ٩٦

« من أوسط ما تطعمون اهليكم » رقم ٩٢ . ص ٢٣٦ ٠

« وآخران من غيركم ٠٠٠ » رقم : ١٠٨ ، ص . ٤٥٣ ، ٤٥٤ ٠

سورة الممتحنة :

« وأن لا يسرقن ولا يزنين » رقم ١٢ ، ص . ١٩٩ ٠

سورة النساء :

« الرجال قوامون على النساء ٠٠٠ » الى قوله « وبما انفقوا من اموالهم » رقم : ٣٣ ، ص : ٢٠٠ ٠

« وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلهـــا » آية رقم : ٣٤ ، ص : ٥٨ ٠

« ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها » رقم ٥٧ . ص . ٤٣٢ ٠

سورة النـــور :

« الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » رقم . ٢ ، ص : ٩٣ ، ١٠٠ ، ٤٦٦ـ٤٦٨ ٠

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

٢ ـ فهرس الاحاديث والآثار والاخبار

(آ)

ابراهيم النخعي :

لا يقام على أهل الكتاب حد في شرب خمر ولا زنا ٩٥

اذا أتاك المشركون فحكموك فاحكم بحكم الاسلام ولا تعدل الى غيره أو أعرض عنهم وحلهم وأهل دينهم : ٩٥ـ٩٦ ·

انه قال في امرأة العنين تخير في راس الحول فان شاءت اقامت وان شاءت فارقت : ١٨٧ ·

انه قال في العنين . يؤجل سنة : ١٨٧ ·

ان شريحا قال في العنين عليه نصف الصداق . ١٩٠ ·

سئل علقمة عن المطلقة ثلاثا هل لها سكنى ونفقة قال : قالت فاطمة بنت قيس طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل رسول الله (ص) لي سكنى ونفقة ··· : ٢٠٤ ·

ان الحسن قال . اذا جاء الحبس من قبل المرأة فعليها النفقة : ٢٢٠ ·

نفقة المطلقة نصف صاع كل يوم . ٢٧٢ ·

قوت المطلقة نصف صاع كل يوم بادامها : ٢٧٢ ·

ان شريحا قال . النفقة والرضاع من جميع المال اذا مات الرجل وترك امرأة حبلى : ٢٨٨ ·

اذا مات الرجل وترك ابنا رضيعا انفق عليه من نصيبه فان كان نصيبه لا يكمل به الرضاع انفق عليه من جميع المال . ٢٨٩ ·

لا تقبل شهادة الاخ لاخيه : ٤١٠ ·

اربعة لا تجوز شهادتهم الوالد لولده والولد لوالده والمرأة لزوجها والزوج لامرأته والعبد لسيده والسيد لعبده والشريك لشريكه ··· : ٤١٠ ·

شهادة السمع جائزة : ٤٣٦ ·

لا تجوز شهادة المختفي : ٤٣٤ ·

اذا اقيم الحد على نصراني أو على عبد فاعتق العبد واسلم النصراني انه كان يرى ان شهادتهما جائزة : ٤٤٤ ·

لا تجوز شهادة النساء في الحدود · ٤٩٧ ·

شهادة النساء جائزة في كل شيء ما خلا الحدود والقصاص · ٤٩٨ ·

(ح)

يجبر الوارث على نفقة من يرثه وان كان له قوة العمل اذ كان لا يحسن العمل : ٣١٣ ·

لا تجوز شهادة العشار ٤١٥ ·

كان الحسن لا يرى ما يراه ابن عباس في شهادة الاقلف ٤٢٢ ·

ان الحسن قال ان قالوا لا تشهد علينا فان اقر رجل لآخر بشيء فاشهد عليه وان كان قال قد كان ذلك علي فقضيت فلا تشهد عليه : ٤٣٢ ·

ان رجلا سرق بعيرا على عهد رسول الله (ص) فقطع رسول الله (ص) يده ثم كان يشهد بعد ذلك فيقبل شهادته ٤٤٢ ·

اذا اقيم الحد على نصراني او على عبد فاعتق العبد واسلم النصراني انه كان يرى شهادتهما جائزة ويراهما بمنزلة المسلم المحدود في القذف : ٤٤٤ ·

قال في قوله تعالى « وآخران من غيركم » قال من غير العشيرة · ٤٥٣ _ ٤٥٤ ·

ان عمر قال ايما قوم شهدوا على رجل بحد لم يشهدوا به حين يصيبه فانما شهدوا على ضغن قال الحسن لا شهادة لهم ٤٦٩_٤٧٠ ·

لا تجوز شهادة النساء في الحدود ٤٩٧_٤٩٨ ·

لا تجوز شهادة النساء في حد ولا طلاق ولا نكاح ، ان كان معهن رجل : ٤٩٧ _ ٤٩٨ ·

قال الحسن في اربعة شهود شهدوا على رجل بالزنى فرجم ثم رجع احدهم قال · يقتل الراجع ويضرب الثلاثة الحد ويغرمون ثلاثة ارباع الدية · ٥٠٧ ·

وقال اذا شهد شاهدان على قتل ثم قتل القاتل ثم يرجع احد الشاهدين قتل : ٥٠٧ ·

الحسن البصري : (وانظر الحسن) :

لليتيم وصية (في الشفعة) ان شاء اخذ له والغائب على شفعته · ٨_٩ ·

ان زيد بن ثابت قال · اذا كان عم وام فعلى العم بقدر ميراثه وعلى الام بقدر ميراثها : ٣٠٤ ·

الحسن بن صالح : (وانظر الحسن) :

للزوج ان يجبر المرأة على ارضاع ولدها منه ما لم يطلقها : ٢٩٠ ·

تجب النفقة على الوارث ٣٠٧ ·

اد كان للصبي ورثة بعضهم موسر وبعضهم معسر حبر الموسر بقدر سهمه من الميراث : ٣١٠ ·

حسين بن ضميرة عن ابيه عن جده :

قال علي : لا تجوز على شهادة الميت الا رجلان : ٤٩٥ ·

ام الحصيب :

فرض لي شريح خمسة عشر درهما في كل شهر : ٤١٥ ·

ابو حصين :

كان عبدالله بن عتبة اذا اخذ شاهد الزور فان كان عربيا بعث به الى مسجد قومه وان كان مولى بعث به الى سوقه ··· الخ : ٥٥١ ·

الحكم :

سمعنا ان الحاكم اذا اعترف عنده جاز قوله الا في الحدود : ٧٠ ·

ان رجلين شهدا على رجل بحق عند شريح فشهد احدهما بألف والآخر بالف ومائتين فقضى شريح بالف ··· : ٧٤ ·

انه سئل عن رجل يزوج ابنه وهو صغير قال : الصداق على الابن : ١٣٢ ·

ان عليا قال : يؤجل العنين سنة فان اصابها والا فهي أحق بنفسها : ١٦٨ ·

الحكم بن عتيبة :

ان عمرو بن حريث قال : تجوز شهادة المختفي ، انما يفعل ذلك بالغادر الفاجر : ٤٣٣ ·

ان عليا قال : لا تجوز شهادة النساء في الطلاق والنكاح والحدود والدماء : ٤٩٨ ·

حماد :

سمعنا ان الحاكم اذا اعترف عنده جاز قوله الا في الحدود : ٧٠ ·

اذا اختلف الشهود في الكلام وكان الاصل واحدا فلا باس به : ٧٤ ·

انه سئل عن رجل يزوج ابنه وهو صغير قال : الصداق على الاب : ١٣٢ ·

ان ابراهيم قال في العنين : يؤجل سنة فان خلص اليها والا خيرت امرأته : ١٨٧ ·

سئل علقمة عن المطلقة ثلاثا هل لها سكنى ونفقة ؟ قال : قالت فاطمة بنت قيس طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل رسول الله (ص) لي سكنى ولا نفقة فقال عمر بن الخطاب : لا ندع كتاب الله بقول امرأة ··· الخ : ٢٠٤ ·

(خ)

خـــلاس :

(د)

ابو الدرداء :

(ر)

ابو رافع القبطي (مولى رسول الله ـ ص ـ) :

رافع بن خديـــج :

(ز)

ابن الزبـير :

الزهـــري :

زيد بن ثابت :

(س)

السائب بن يزيد :

ابو سعيد الخدري :

سعيد بن المسيب :

ســـفيان :

الشفعة بالابواب اقرب الابواب الى الدار احق بالشفعة . ١٥ ــ ١٦ ٠
الشفعة للحيطان : ١٦ ٠
ان رجلا خاصم اليه فقال يا ابا امية تشهد لي فقال له شريح اذهب الى الامير فخاصم اليه حتى اجيء فاشهد لك : ٧١ ٠
ان رجلين شهدا على رجل بحق عند شريح فشهد احدهما بالف والآخر بالف ومائتين فقضى شريح بالف ... : ٧٣ ٠
اذا انكح الرجل ابنه وهو صغير جاز عليه . فاذا بلغ فان طلق فنصف المهر على الذي كفل به : ١٣٣ ــ ١٣٤ ٠
الصغيرة اذا زوجها ابوها وهي لا تطيق الرجال فنفقتها على الزوج : ١٦٠ ٠
كان شريح يقول في العنين عليه نصف الصداق : ١٩٠ ٠
اختصم الى شريح في رجل لم يستطع أن يأتي امرأته ... : ١٩٠ ٠
فرض شريح لام الحصيب خمسة عشر درهما في كل شهر : ٢١٥ ٠
زوج مالك ابنه ، ليس له مال من ابنة اخيه وهي يتيمة ثم تركهما لا ينفق عليهما فاستعدت اليتيمة شريحا فقال له شريح : زوجت ابنك لا مال له بنت اخيك يتيمة في حجرك ثم تركتهما لا تنفق عليهما ... الخ : ٢١٨ ٠
انه سئل عن الرجل يتزوج الصبية ايجبر على نفقتها ؟ قال : نعم : ٢١٨ ٠
سئل عن المرأة الناشزة هل لها نفقة ؟ قال نعم فقيل كم ؟ قال جراب من تراب : ٢٢٤ ٠
الرضاع من جميع المال : ٢٨٨ ٠
النفقة ، الرضاع من جميع المال اذا مات الرجل وترك امرأة حبلى : ٢٨٨ ٠
رضاع الصبي من جميع المال حتى يفطم فاذا فطم فمن نصيبه : ٢٨٨ ٠
قال حين خاصم اليه ولي أيتام : ان كانت الدار واحدة فامهم احق بهم ونفقتهم من مالهم ما يصلحهم ، فان تفرقت الدار فالولي احق بهم ... : ٣٦٣ ٠
كان شريح يجيز شهادة الاخ لاخيه : ٤٠٩ ٠
كان شريح يجيز شهادة الابن للاب ٤١١ ٠
قال شريح : لا أجيز شهادة خصم ولا مريب ولا دافع المغرم ولا الشريك لشريكه . ولا أجير لمن استأجر . ولا العبد لسيده : ٤١٣ـ٤١٤ ٠
. ابطل شريح شهادة المختفي : ٤٣٣ ، ٤٣٤ ٠
اتي بشاهد زور فنزع عمامته وخفقه خفقات وعرفه أهل المسجد : ٥٥٢ ٠

كان شريح يؤتى بشاهد الزور فيطوف به في أهل مسجده وسوقه ويقول انا قد زيفنا شهادة هذا : ٥٥٢ ٠

شـــريـــك :

شهدت ابن ابي ليلى فرض على ليث بن ابي مسلمة لامرأته ستة دراهم ولخادمها ثلاثة دراهم في الشهر : ٢٢٥ ٠

كان ابن ابي ليلى يقضي في كسوة المرأة بدرعين وخمارين وملحفة واحدة في السنة : ٢٢٥ ٠

سئل شريك عن اخوين صبيين ايما عم موسر وهما معسران قال : يجبر العم على نفقتهما : ٣١١ ، ٣١٢ ٠

سئل شريك : ايجبر ابن الابن على النفقة على الجد ابي الاب والاب حي فقير ؟ قال : نعم : ٣١٤ ٠

وسئل ايجبر الجد على النفقة على ابن الابن والابن فقير ؟ قال : نعم : ٣١٤ ٠

وسئل ايجبر على نفقة ابي الام قال اولا : لا : ٣١٤ ٠

وسئل ايجبر على نفقة جدته ام امه وهو لا يرثها ، فقال اذا كان لو ملكها عتقت : ٣١٥ ٠

وسئل ايجبر الاخ على نفقة اخته المحتاجة اذا كان لها منزل تسكنه ؟ قال : لا : ٣١٥ ٠

فرض شريك لرجل مريض نفقة على الاب فلما برئ جاء يطلب النفقة فقال له شريك اذهب فاطلب لنفسك : ٣٦٧ ٠

الشعبي (عامر بن شراحيل) :

من بيعت شفعته وهو حاضر فلم يطلب بطلت شفعته : ١١ ـ ١٢ ٠

ان شريحا قال : لا شفعة ليهودي ولا لنصراني ولا لمجوسي : ١٤ ـ ١٥ ٠

اذا رضي الخصمان بقول رجل جاز عليهما ما قال : ٥٧ ٠

ما قضى الحكمان فهو جائز : ٥٧ ٠

ان شريحا كان يقضي في قوم بعلمه : ٧١ ٠

اذا أقر عند الحاكم بشيء ثم كافر اخذه باقراره الا في الحدود : ٧١ ٠

ان رجلين شهدا على رجل فشهد احدهما انه طلق امرأته واحدة وشهد الآخر انه طلقها اثنتين فلم يجز الشعبي شهادتهما : ٧٤ ٠

اذا أتاك المشركون فحكموك فاحكم بحكم الاسلام ولا تعدل الى غـــيره او اعرض عنهم وخلهم وأهل دينهم : ٩٥ ـ ٩٦ ٠

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كان يقضي في كسوة المرأة بدرعين وخمارين وملحفة واحدة في السنة · ٢٢٥ ·

تجب النفقة على كل وارث بقدر ما يرث وان لم يكن محرما : ٣٠٥ ·

خير رسول الله (ص) ابنة حمزه وكان تكلم فيها جعفر وعلي وزيد بن حارثة فاختارت خالتها فجعلها عندها : ٣٦٨ ـ ٣٦٩ ·

(م)

مالـــــك :

وزج مالك ابنه وليس له مال من ابنة اخيه وهي يتيمة ثم تركهما لا ينفق عليهما فاستعدت اليتيمة شريحا ··· الخ : ٢١٨ ·

ابن المتوكل الناجي :

ان الجارود شهد على قدامة انه شرب من الخمر ، فسأله عمر : هـــل معك شاهد غيرك ؟ قال : لا · قال عمر : ما أراك يا جارود الا مجلودا · قال : سترت ختنك واجلد انا ؟! فقال علقمة لعمر وهو قاعد : اتجوز شـــــهادة الخصي ··· الخ : ٤٢١ ·

مجاهـــــد :

ان ابن عباس فسر « لاتضار والدة بولدها » بانتزاع الولد من حجرها « ولا مولود له بولده » بالقاء الولد على الوالد ولا تضار هي بالقاء الولد عليها « وعلى الوارث مثل ذلك » يعني التحرز من المضارة : ٢٨٥ ـ ٢٨٦ ·

قال في قوله تعالى : « وآخران من غيركم » ان المقصود به من غـــير المؤمنين : ٤٥٤ ·

قال في قوله تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائـة جلدة ··· » الآية قال : ذلك ان لا يضيعوا حدود الله ويقيموها : ٤٦٦ ·

وقال في قوله تعالى : « وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » قـــال الطائفة الواحد الى الالف : ٤٦٨ ·

مســـروق :

ان عمر طلق ام عاصم ··· وفيه ان ابا بكر قضى بأن الولد يكون مع جدته والنفقة على عمر ، وقال : هي احق به : ٣٥٤ـ٣٥٥ ·

المسور بن مخرمة :

الجار احق بسقبه : ٥ـ٦ ·

ان الاسباب تنقطع يوم القيامة غير نسبي وسببي وصهري : ١٣٠ ـ ١٣١ ٠

مطـــــرف :

ان الشعبي قال : شهادة السمع جائزة من كتمها كتم شهادة : ٤٢٦ ٠

معــــاذ :

جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع اصواتكم ٠٠٠ الخ : ٤٨٩ ـ ٤٩٠ ٠

ابو معاويـــــة :

سألت الشعبي قلت يشهدني الرجل على الرجل فأرتى بكتاب يشبه كتابي وخاتم يشبه خاتمي ولا اذكر ؟ فقال الشعبي : لا تشهد حتى تذكر : ٤٠٥ ٠

معاوية بن عبدالكريم :

رأيت قوما شهدوا بزور وقد ضربهم عبدالملك بن يعلى وكان قاضي البصرة ٠٠٠ وفيه انه حلق انصاف رووسهم وسود وجوههم وضربهم ضربا غير مبرح ٠٠٠ الخ : ٥٥٢ ٠

معمـــــر :

بلغني ان عمر يؤجل العنين سنة من يوم ترفع امرها : ١٨٩ ٠

لا تجوز شهادة النساء في حد ولا طلاق ولا نكاح وان كان معهن رجل : ٤٩٨ ٠

المغيرة بن شعبة :

انه شهد عليه عند عمر بالزنا ابو بكرة ونافع ونفيع ولم يصرح به زياد وكان رابعهم فجلد عمر الثلاثة الحد ٠٠٠ الخ : ٤٧١ـ٤٧٢ ٠

مكحـــول :

جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع اصواتكم ٠٠٠ الخ : ٤٨٩ ـ ٤٩٠ ٠

ابو المليح بن اسامة عن ابيه :

الختان سنة للرجال مكرمة للنساء : ٤٢٣ـ٤٢٤ ٠

منصـــور :

ان الحسن قال اذا شهد شاهدان على قتل القاتل ثم يرجع احد الشاهدين قتل : ٥٠٧ ٠

(و)

وائلة بن الاسقع :

جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ... الخ : ٤٨٩ـ٤٩٠ .

(هـ)

هانىء بن هانىء :

جاءت امرأة الى علي (رض) حسناء جميلة فقالت : يا امير المؤمنين هل لك في امرأة لا أيم ولا ذات بعل ... الخ وفيه ان عليا قال : اني لاكره ان افـــرق بينكما : ١٦٩ ـ ١٧١ .

ابو هريرة :

ان النبي (ص) رجم يهوديا ويهودية : ٩٢ .

ان النبي (ص) رجم ماعزا : ٩٣ـ٩٤ ، ٤٨١ ، ٤٩٠ .

ان عمر قال : اذا ألخيت الستور وغلقت الابواب فقد وجب الصداق : ١٥٧ .

أفضل الصدقة ما ترك غني واليد العليا خير من اليد السفلى ... : ٢٠١ ، ٣٣١ـ٣٣٢ .

تقول لك زوجك انفق علي او طلقني ، ويقول لك مملوكك : انفق علي او بعني ، ويقول لك ولدك : انفق علي الى من تكلني : ٢٠١ .

طعام الاثنين كافي الثلاثة وطعام الثلاثة كافي الاربعة ٣٣١ .

لا تجوز شهادة اصحاب الحمير يعنى النخاسين .

(ي)

يحيى (وانظر يحيى بن سعيد) :

سألت شريحا عن الرجل يتزوج الصبية ايجبر على نفقتها ؟ قال : نعم : ٢١٨ .

سألت شريكا عن اخوين صبيين لهما عم موسر وهما معسران قال : يجبر العم على نفقتهما : ٣١١ ، ٣١٢ .

سألت شريكا ايجبر ابن الابن على النفقة على الجد ابي الاب والاب حـــي فقير ؟ قال : نعم : ٣١٤ .

وسألته ايجبر الجد على النفقة على ابن الابن والابن فقير قال : نعم : ٢٤١ ·
وسألته : ايجبر على نفقة ابي الام ؟ قال أولا لا : ٣١٤ ·
وهل يجبر على نفقة جدته ام امه وهو لا يرثها ؟ قال اذا كان لو ملكها عتقت : ٣١٥ ·
وهل يجبر الاخ على نفقة اخته المحتاجة اذا كان لها منزل تسكنه ؟ قال : لا : ٣١٥ ·

يحيى بن جزار :

ان عبد الله بن يحيى كان يقسم لعلي (رض) الدور والارضين ويأخذ على ذلك أجرا : ١٠٣ ·
ان عليا قال : يؤجل العنين سنة فان وصل والا فرق بينهما : ١٦٨ ·

يحيى بن سعيد :

سئل سعيد بن المسيب عن المرأة المتوفى عنها زوجها وهي في كراء من يعطى الكراء ؟ قال : زوجها ، فان لم ، فالامير : ٢٧٤ ·
كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الانصار فولدت له عاصم بن عمر ثم انه فارقها ··· وفيه فادركته جدة الغلام فنازعته اياه حتى اتيا ابا بكر الصديق ··· : ٣٥٥ ·

يزيد بن زادويه :

سمعت الشعبي يسأل عن الرجل يشهد عليه رجلان انه طلق امرأته ففرق بينهما بشهادتهما ثم تزوجها احد الشاهدين بعدما انقضت عدتها ثم يرجع الشاهد الآخر فقال الشعبي : لا يلتفت الى رجوعه اذا مضى الحكم : ٥٠٥ ·

يونـــس :

ان ابن شهاب قال : شهادة الاعرابي على القروي جائزة اذا لم يكن متهما في الدين : ٤١٧ ·

احاديث مجهولة الراوي :

ان النبي (ص) قال : « الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد » : ٩٩ ·



٣ ـ فهرس الاعـلام

(آ)

(ب)

(ث)

(ج)

(ح)

(خ)

(ر)

(ز)

(س)

(ش)

(ص)

(ض)

(ط)

(ع)

(غ)

(ف)

(ق)

(ك)

(ل)

(م)

(ن)

(و)

(هـ)

(ي)

★ ★ ★

٤ ـ فهرس الكتب

(آ)

(ت)

(ج)

(ر)

(ز)

(س)

(ش)

٥ ـ فهرس المواد اللغوية والمصطلحات الحضارية[١]

(آ)

(ب)

(ت)

(ج)

(ح)

---

(١) لم ندرج هنا كثيرا من المصطلحات لكثرتها كلفظة الشـــهادة والقضاء والبينة والمدعي والمدعى عليه والبيع والشراء وغير ذلك ٠

(ر)

(ز)

(س)

(ش)

(ص)

(ض)

(ط)

(ظ)

(ع)

(غ)

(ق)

(ك)

(ل)

(م)

(ن)

(و)

(هـ)

٦ ـ فهرس الخطأ والصواب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٧٩	٨	اقرار	اقرارا
٩٩	١	الربى	الربـــا
١٠٨	١٠	لا يترك القاضي في فسامه	لا يترك القاضي قسامه
١٦٢	الرابع في الحاشية	السفن	النسفي
٢٨٦	الاول في الحاشية	جضار	يضار
٣١٧	١	نفقه	نفقة
٣٥٥	الاول في الحاشية	ابصر	ابصره
٤٠٩	الناسع في الحاشية	وكيـــع المخزومي	وكيع عن المخرمي

ملاحظة : يحذف السطر ١٣ في حاشية ص ٢١٣ من الجزء الاول من هذا الكتاب المبدوء بقوله (العباس محمد بن يعقوب ثنا محمد بن اسحق الصنعاني ثنا ابن كناسة ثنا) ويوضع محله ما يلى (سنن : ٢٠٧/٤ رقم ١٦) ورواه البيهقى عن ابي عبدالله الحافظ ثنا) ويصحح السطر ١٤ من نفس الصفحة الكلمة (ابن كناسة) والصواب (ثنا ابن كناسة) ٠



٧ ـ فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
صفة القاسم	١٠٥
اجرة القاسم من بيت المال	١٠٥
جواز اخذه الاجرة من المتخاصمين	١٠٦
لا يجبر القاضي الناس على قاسم معين	١٠٦
اصطلاح الشركاء في القسمة دون الرجوع الى القاضي	١٠٦
اجر القسمة على الرؤوس او على الانصباء	١٠٧
لا يترك القاضي قسامه يشتركون	١٠٨
اثبات ملكية الشيء قبل القسمة	١٠٩
حدوث الضرر في القسمة	١٠٩
قسمة الرقيق	١١٤
قسمة اللؤلؤ والجواهر	١١٤
وجود الخصم في القسمة	١١٦
الخصم في القسمة صغير او غائب	١١٧
قسمة الدور	١١٨
تحديد الارضين والدار والعمارات في القسمة على وجه يقــع المنازعة	١٢١
-وين كتاب القسمة	١٢٢
مهايأة في القسمة	١٢٢
الباب الثمانون في دعوى بعض الورثة الغلط في القسمة	١٢٤
الباب الحادي والثمانون في نكاح الصغيرة	١٢٧
جواز نكاح الصغيرة اذا كانت تطيق ذلك	١٢٧
الصغيران اذا زوجا فهما بالخيار	١٣١
الصداق في تزويج الصغيرين	١٣٢
تزويج الاب لابنه او ابنته	١٣٣
ضمان المهر في تزويج الصغار	١٣٣
تزويج غير الاب والجد للصغير او الصغيرة والخيار في ذلك	١٣٧
الباب الثاني والثمانون في نكاح الكبيرة	١٤١
الباب الثالث والثمانون في المطالبة بالمهر	١٤٢
مطالبة الاب بمهر ابنته البكر	١٤٢
مطالبة غير الاب مشروطة بوكالة منها	١٤٤

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
الباب الحادي عشر والمائة	**٤٣٩**
في شهادة الاعمى	٤٣٩
شهادة المجنون	٤٤١
شهادة المقطوع في السرقة	٤٤٢
شهادة المحدود في القذف	٤٤٣
الباب الثاني عشر والمائة	
في شهادة النصراني والعبد اذا حدا ثم اسلم النصراني واعتق العبد	٤٤٤
الباب الثالث عشر والمائة	**٤٤٦**
١ ـ شهادة اهل الكفر بعضهم على بعض	٤٤٦
٢ ـ العبد والذمي تكون عندهما الشهادة فيعتق العبد ويسلم الذمي ثم يشهدان	٤٥٢
٣ ـ شهادة اهل الكتاب على وصية المسلم	٤٥٣
٤ ـ القضاء بالشاهد واليمين	٤٥٥
٥ ـ الشهادة على الشهادة	٤٥٥
الباب الرابع عشر والمائة :	
في الشهادة على الحدود وما على الحاكم ان يعمل به في دلك	٤٦٦
حد الزنى وحكمه ومشروعيته	٤٦٦
اقامة الحد على ملأ من الناس	٤٦٨
التقادم في الحدود	٤٦٩
الرجم والمبالغة في التثبت فيه	٤٧٠
تعمد النظر لاقامة شهادة الحسبة لا يسقط العدالة	٤٧٢
اجتماع الشهود في حد الزنى	٤٧٢
اختلاف الشهادات في الزنى ودرء الحد بالشبهة	٤٧٥
السؤال عن الاحصان قبل اقامة الحد	٤٨٠
كيفية الرجم	٤٨١
يبدأ الشهود بالرجم قبل ان يرجم الامام والناس	٤٨٢
يصنع بالمرجوم ما يصنع بالميت	٤٨٣
بم يصير المرء محصنا	٤٨٤
الجلد لغير المحصن	٤٨٥

والحمد لله اولا وآخـرا





رقم الايداع في المكتبة الوطنية

ببغداد ٢٣ لسنة ١٩٧٩

تاريخ انتهاء الطبع ١/٢/١٩٧٩




Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)



